

Les Cahiers de droit



Cession d'entreprise et relations du travail

Alain Pousson

Volume 34, numéro 3, 1993

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043238ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043238ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Pousson, A. (1993). Cession d'entreprise et relations du travail. *Les Cahiers de droit*, 34(3), 847–898. <https://doi.org/10.7202/043238ar>

Résumé de l'article

Le présent texte consiste en une étude d'ensemble des conditions d'application et de la portée de l'article L. 122-12, al. 2 du *Code du travail* français, qui prévoit le maintien des contrats de travail advenant notamment la vente de l'entreprise. L'auteur examine aussi, entre autres questions, l'évolution jurisprudentielle quant à la nécessité d'une liaison juridique entre employeurs successifs et la nature de l'entité économique devant conserver son identité à la suite de la cession. L'influence du droit communautaire européen sur le droit national est mise en relief. L'exposé comporte également un aperçu comparatif des droits belge, allemand et québécois.

Cession d'entreprise et relations du travail*

Alain POUSSON**

Le présent texte consiste en une étude d'ensemble des conditions d'application et de la portée de l'article L. 122-12, al. 2 du Code du travail français, qui prévoit le maintien des contrats de travail advenant notamment la vente de l'entreprise. L'auteur examine aussi, entre autres questions, l'évolution jurisprudentielle quant à la nécessité d'une liaison juridique entre employeurs successifs et la nature de l'entité économique devant conserver son identité à la suite de la cession. L'influence du droit communautaire européen sur le droit national est mise en relief. L'exposé comporte également un aperçu comparatif des droits belge, allemand et québécois.

Overall study of the conditions governing enforcement and the scope of section 122-12 par. 2 of the French Labour Code that provides for the upholding of labour contracts in the event for instance of the sale of the enterprise. Along with other questions, the author also examines case law evolution regarding the necessity of a legal bond between successive employers and the nature of the economic entity that must preserve its identity following a transfer. The influence of European Community Law on national law is emphasized. The paper also includes a comparative survey of Belgium, German and Quebec law.

* Le présent texte a été initialement publié dans les *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, tome XXXIX, 1991, pp. 227-271, et est reproduit ici avec l'aimable permission de la direction de cette revue, selon un accord de coopération entre celle-ci et *Les Cahiers de Droit*.

** Maître de conférences, Université des sciences sociales de Toulouse.

	<i>Pages</i>
1. Le champ d'application de l'article L. 122-12, al. 2 du Code du travail	851
1.1 La levée des restrictions	852
1.1.1 Le lien de droit	852
1.1.1.1 L'existence d'un lien de droit direct entre les employeurs successifs (Soc. 12 juin 1986)	852
1.1.1.2 L'exigence d'un lien de droit entre les employeurs successifs repoussée par la jurisprudence communautaire	854
1.1.1.3 Le transfert en deux phases (Cass. Ass. plén. 16 mars 1990)	855
1.1.2 La perte d'un marché	856
1.1.2.1 L'exclusion de principe du texte pour toute perte d'un marché (Cass. Ass. plén. 15 novembre 1985)	856
1.1.2.2 La prise en compte de la nature de l'activité dans la jurisprudence postérieure aux arrêts du 12 juin 1986 (concession d'activité et marché de services)	858
1.1.2.3 La jurisprudence communautaire et la notion d'entité économique	860
1.1.2.4 La référence à l'« entité économique autonome ayant conservé son identité » facteur d'élargissement du champ d'application (arrêts du 16 mars 1990)	861
1.2 La recherche d'une définition de l'entité économique conservant son identité	868
1.2.1 Les précédents	869
1.2.1.1 La jurisprudence française : l'entreprise activité	869
1.2.1.2 La jurisprudence communautaire : la méthode du faisceau d'indices	870
1.2.2 L'application cumulative des deux acceptions de l'entreprise	871
1.2.2.1 Le transfert des éléments d'exploitation : l'entreprise organisation	872
1.2.2.2 La poursuite d'une même activité : l'entreprise activité	874
1.3 Un aperçu comparatif	878
1.3.1 Les droits européens	878
1.3.1.1 Le droit belge	878
1.3.1.2 Le droit allemand	879
1.3.2 Le droit québécois	881
1.3.2.1 La sous-traitance simple : la vérification de la continuité de l'entreprise	882
1.3.2.2 La sous-traitance successive : le lien de droit	883
2. Les effets de l'article L. 122-12, al. 2 du Code du travail	885
2.1 Les droits des salariés privés d'emploi : le renforcement du caractère d'ordre public de l'article L. 122-12 au cas de rupture de l'union contractuelle	885
2.1.1 Le rétrécissement des possibilités de rupture avant le transfert de l'activité	885
2.1.1.1 La réorganisation de l'entreprise projetée par le futur exploitant : la suppression de poste impuissante à justifier le licenciement	887
2.1.1.2 La suspension temporaire d'activité : la reprise d'une entité économique autonome ayant conservé son identité	888

	<i>Pages</i>
2.1.2 Le renforcement des sanctions.....	892
2.1.2.1 La réintégration des salariés protégés.....	893
2.1.2.2 La nullité du licenciement des salariés ordinaires	894
2.2 Les droits des salariés maintenus dans leur emploi : une plus grande précarité.....	896
2.2.1 La disparition immédiate de l'ancienne convention collective au cas de substitution de conventions.....	896
2.2.2 Le licenciement par le nouvel employeur au titre des fautes commises avant le transfert.....	897
Conclusion	898

Un auteur écrivait il y a peu, « envions nos héritiers. Ils disposeront avec l'histoire mouvementée de l'interprétation de l'article L. 122-12 al. 2 C. trav. d'un exemple de dispute juridique dans laquelle toutes les ressources de l'argumentation, disponibles en une période donnée, ont été, peu ou prou utilisées¹. »

C'est au début du siècle qu'il convient de remonter pour trouver les origines de ce qui allait devenir l'article L. 122-12. Une loi du 22 novembre 1918 prescrivant que les salariés démobilisés devaient pouvoir retrouver l'emploi qu'ils occupaient avant leur mobilisation ayant soulevé des difficultés d'interprétation, le législateur intervint une dizaine d'années plus tard et généralisa la solution par un texte qui faisait déjà appel à la notion d'entreprise. « S'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise. »

La continuation des contrats de travail malgré les vicissitudes économiques a toujours fait l'objet de débats passionnés. Vouloir maintenir en activité les salariés malgré un changement dans la personne de l'employeur relève d'un souci louable et au demeurant estimable, mais les impératifs économiques ne peuvent être totalement méconnus. La difficulté des tribunaux a toujours été de concilier des points de vue contraires et de trouver une position d'équilibre.

Au cours d'une première période la Haute juridiction a donné au texte un champ d'action démesuré en le déclarant notamment applicable à

1. A. Lyon-Caen note sous Cass. Ass. plén. 16 mars 1990, *D.* 1990, p. 306.

une succession de prestataires sur un même marché. Cette interprétation extensive risquait de conduire à une sclérose économique en pénalisant les entrepreneurs les plus dynamiques, c'est pourquoi les tribunaux ont ultérieurement multiplié les obstacles et cantonné le texte dans des limites fort exigües. Le reflux succéda au flux².

Au cours des dernières années le rythme d'évolution s'est accéléré, à plusieurs reprises l'Assemblée plénière a été contrainte d'intervenir afin d'imprégner sa marque. Ces rebondissements dénotent une absence de fermeté jurisprudentielle, pour l'essentiel due à l'impossibilité de définir la position d'équilibre qui préserverait les intérêts en présence. Cette finalité est d'autant plus délicate à assouvir que la matière est encombrée de notions à connotation économique. La loi du 19 juillet 1928 subordonne à l'existence d'une entreprise la poursuite des contrats en cours tandis que la jurisprudence européenne s'en remet à l'entité économique autonome conservant son identité. Faute de donner de ces notions des définitions suffisamment précises les tribunaux ont enrichi le domaine considéré de nouvelles distinctions dont on se demande si elles ont encore cours aujourd'hui. Une tendance est toutefois perceptible qui, une nouvelle fois, repousse les limites du champ d'application de l'article L. 122-12. Ce texte est-il condamné à assister impuissant à un déplacement permanent de ses frontières ?

Les incertitudes intéressent non seulement la portée de la disposition mais aussi les effets qui en découlent. Certes un texte existe qui impose au nouvel employeur de satisfaire aux obligations qui incombait, à la date de la modification, à l'ancien employeur. Mais l'essentiel des problèmes susceptibles d'être rencontrés échappent à la loi de sorte que les tribunaux doivent veiller à ce que quelques entrepreneurs indéliçables ne détournent l'article L. 122-12 et privent les salariés de la protection qui en découle. La discussion s'est en particulier polarisée sur les licenciements qui précèdent de peu le changement d'employeur et sur l'application d'un statut collectif.

Incertitudes et imprécisions, telles sont donc les caractéristiques qui reviennent le plus souvent sous la plume des auteurs. Nous allons faire en sorte qu'elles perdent de leur importance.

2. Voy H. BLAISE, « Continuité de l'entreprise : flux et reflux de l'interprétation extensive de l'article L. 122-12 al. 2 du Code du travail », *Dr. soc.*, février 1984, p. 91.

1. Le champ d'application de l'article L. 122-12, al. 2 du Code du travail

Pressée de toutes parts l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, par trois arrêts du 16 mars 1990³, opère un revirement de jurisprudence. Abandonnant l'interprétation qu'avait adoptée sa chambre sociale le 12 juin 1986 elle emprunte à la jurisprudence de la Cour de Justice des communautés une affirmation de principe, « les articles 1er et 3 de la directive du 14 février 1977 du Conseil des Communautés européennes et L. 122-12, al. 2, c. trav. s'appliquent, même en l'absence d'un lien de droit entre les employeurs successifs, à tout transfert d'une entité économique conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise ».

Toutefois la rupture d'avec le passé n'est pas totale, dans l'arrêt Onet elle réaffirme que « l'article L. 122-12 c. trav. n'est pas applicable dans le cas de la seule perte d'un marché », formulation reprise de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 15 novembre 1985. La Cour de cassation, en recourant à ces deux formules, a-t-elle cherché à concilier les exigences communautaires et son souci de maintenir l'article L. 122-12 dans des limites raisonnables⁴ ? Les auteurs, dans leur majorité, ont salué cette jurisprudence et considéré qu'elle devait lever les incertitudes auxquelles la pratique était naguère confrontée⁵.

-
3. Cass. Ass. plén. 16 mars 1990, S.A. Nîmoise de tauromachie et de spectacles (S.N.T.S.) c. M. Bodrero Sereu ; Procureur général près. la Cour de cassation c. M. Appart ; Société Onet c. Consorts Mallet ; *Dr. soc.*, 1990, p. 399, conclusions de M. l'avocat général H. Dontenwille et notes G. Couturier et X. Pretot ; *D.* 1990, 305, note A. Lyon-Caen ; « L'article L. 122-12 du Code du travail. Une directive européenne... facteur d'un retour aux sources de notre droit interne », conclusions de M. l'avocat général H. Dontenwille, Rapport de la Cour de cassation 1990, *La documentation française*, p. 99 ; H. BLAISE, « L'article L. 122-12 après la tourmente : vers la stabilisation de la jurisprudence ? », *Dr. soc.*, mars 1991, p. 246 ; J. DEPREZ, « Marchés de services et activités concédées », *Rev. jur. soc.* F. Lefebvre, 4/1990, p. 199 ; J. DEPREZ, « La nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation sur la reprise des contrats de travail... », *J.C.P.* 1990, éd. E, II, 15825 ; E. WAGNER, « Le nouveau champ d'application de l'article L. 122-12 al. 2 (à la suite des arrêts de la Cour de cassation du 16 mars 1990) », *Droit ouvrier*, juin 1990, p. 217 ; J. MORVILLE, « Vers une application équilibrée d'inspiration communautaire de l'art. L. 122-12 », *Cahiers sociaux du Barreau de Paris*, supplément au n° 22, p. 7 ; P. POCHET, « Maintien des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise. La Cour de cassation aligne sa jurisprudence sur celle de la Cour de justice », *Les petites affiches*, 13 juillet 1990, p. 9.
4. E. WAGNER, « Le nouveau champ d'application de l'article L. 122-12 al. 2 », *loc. cit.*, p. 217.
5. En ce sens voy. H. BLAISE, « L'article L. 122-12 après la tourmente : vers la stabilisation de la jurisprudence ? », *loc. cit.*, p. 246 ; G. COUTURIER, note 1 sous « L'article L. 122-12 du Code du travail : la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation », *Dr. soc.*, mai 1990, p. 415.

1.1 La levée des restrictions

En réaction à une jurisprudence qui avait élargi le domaine d'application de l'article L. 122-12⁶ — élargissement condamné par la doctrine dominante et par nombre de cours d'appel — la Cour de cassation, à partir de 1985, a multiplié les conditions requises pour l'application du texte. Mais par la suite un mouvement inverse s'est développé visant à détruire les barrières dressées, sans toutefois revenir à la solution ancienne. Les discussions se sont en particulier polarisées sur l'exigence d'un lien de droit entre les employeurs successifs et sur la perte d'un marché.

1.1.1 Le lien de droit

Entre les employeurs successifs doit exister une liaison juridique, quant à savoir si cette liaison doit être directe des réponses opposées ont été, au fil du temps, retenues par les tribunaux.

1.1.1.1 L'existence d'un lien de droit direct entre les employeurs successifs (Soc. 12 juin 1986)

La chambre sociale, dans une série de décisions en date du 12 juin 1986⁷, marquait une rupture avec l'interprétation extensive du texte et

6. Voy. Soc. 15 février 1978, Sté G.I.S. c. Ancelin, *Bull. civ.* V, p. 77, n° 105 ; *Gaz. Pal.*, 1979, I, 112, note Nayral de Puybusque ; Soc. 8 novembre 1978, Sté technique française de nettoyage (T.F.N.) c. Dame Bontridert et Soc. 30 novembre 1978, S.A.R.L. Sté niçoise de restauration et d'hôtellerie c. Dame Broggi, *D.* 1979, 277, note J. Pelissier ; H. BLAISE, « Continuité de l'entreprise : flux et reflux de l'interprétation extensive de l'article L. 122-12 al. 2 du Code du travail », *Dr. soc.*, février 1984, p. 91 ; J. DEPREZ et A. CHIREZ, *Cessions d'entreprises et situations assimilées. Études du régime de l'article L. 122-12 du Code du travail relatif à la modification de la situation juridique de l'employeur*, Éd. Francis Lefebvre, décembre 1984 ; G.H. CAMERLYNCK, « Identité d'entreprise ou identité d'emploi ? », *D.* 1978, chr. p. 269.

7. Soc. 12 juin 1986, Comité d'entreprise de la Société Desquenne et Giral et autres c. Khettab et autres, *D.* 1986, 461, conclusions de M. l'avocat général Picca et note J.P. Karaquillo ; *J.C.P.* 1986, éd. E, II, 14790, note J. Vallansan ; *J.C.P.* 1986, II, 20705, note M. Bazex et G. Flecheux ; « L'article L. 122-12 (2°) du Code du travail : la fin d'une jurisprudence », conclusions de M. l'avocat général Picca, Rapport de la Cour de cassation 1986, *La documentation française*, p. 105 ; F. SIGNORETTO, « Changement d'employeur, les revirements de la jurisprudence », *Rev. prat. dr. soc.*, octobre 1986, p. 297 ; H. BLAISE, « Les modifications dans la personne de l'employeur : l'article L. 122-12 dans la tourmente », *Dr. soc.*, décembre 1986, p. 837 ; J. DEPREZ, « L'article L. 122-12 du Code du travail et les entreprises se succédant dans un marché : un revirement spectaculaire de jurisprudence », *Bull. soc. Fr. Lefebvre*, 1986, n° 8-9, p. 363 ; B. BOUBLI, *Semaine sociale*, supplément au n° 336 du 24 novembre 1986 ; A. LYON-CAEN, « À propos de l'arrêt Desquenne et Giral », *Dr. soc.*, décembre 1986, p. 848.

manifestait, semble-t-il, l'intention de donner à sa jurisprudence une fermeté qui, jusqu'alors, lui faisait défaut. Dans la décision la plus remarquée, *Société Desquenne et Giral c. Kettab et autres*, la Cour suprême cassait l'arrêt de la Cour d'appel de Paris qui avait admis, en cas de changement de titulaire d'un marché public de travaux, le maintien des contrats de travail des 119 salariés affectés à ce chantier, au motif que « la modification dans la situation juridique de l'employeur, qui a pour effet de laisser subsister entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise, les contrats de travail en cours au jour de la modification, implique l'existence d'un lien de droit entre les employeurs successifs ». Par la même, la chambre sociale renonçait à sa jurisprudence, qui depuis l'arrêt *Goupy* du 27 février 1934⁸, se contentait d'une permanence de l'activité économique⁹. La rupture était brutale ; le lien de droit dont la nécessité, à maintes reprises, avait été écartée, se trouvait désormais « promu au rang de condition essentielle d'application du texte¹⁰ ».

L'artificialité qu'il y avait de considérer le nouvel employeur comme l'ayant cause du premier quand il n'y avait entre eux aucun lien de droit prenait ainsi fin¹¹, mais le retour à la rigueur de l'analyse n'était en rien indispensable, le législateur ayant eu en vue de provoquer la cession forcée du contrat de travail. L'Avocat général, dans ses conclusions, avait justifié par l'incertitude du concept d'entreprise le recours à un critère d'application générale moins malléable. Toute difficulté d'interprétation n'était cependant pas levée, restait à préciser la portée de cette nouvelle jurisprudence.

Le transfert devait être réalisé en une seule phase de sorte que la succession de prestataires de services sur un même marché ne permettait plus le recours à l'article L. 122-12. Les activités de nettoyage¹² et de

8. Civ. 27 février 1934, *D.H.* 1934, 252 ; *Gaz. Pal.*, 1934, 2, 40 ; *S.* 1934, 1, 179 ; G. LYON-CAEN et J. PELISSIER, *Les grands arrêts de droit de travail*, éd. Sirey, 3^e éd., 1988.

9. S'agissant d'une opposition éventuelle avec l'article L. 122-12-1, « À moins que la modification visée au deuxième alinéa de l'article L. 122-12 n'intervienne dans le cadre d'une procédure de règlement judiciaire ou de liquidation des biens [...] ou d'une substitution d'employeurs intervenue sans qu'il y ait eu de convention entre ceux-ci », les auteurs sont divisés. Selon le professeur Blaise, (« Continuité de l'entreprise... », *loc. cit.*, p. 92), le lien de droit entre les employeurs successifs ne serait pas requis alors que pour d'autres auteurs une combinaison des articles L. 122-12 al. 2 et L. 122-12-1 invitait à exiger un lien de droit entre les employeurs successifs.

10. H. BLAISE, « Les modifications dans la personne de l'employeur : l'article L. 122-12 dans la tourmente », *Dr. soc.*, décembre 1986, p. 839.

11. P. REMY, *chr. contrats spéciaux*, p. 377.

12. Cass. soc. 21 juillet 1986, *Chemalian c. Massebœuf et autre*, *Bull.* n° 391, p. 299.

gardiennage¹³ furent les principales victimes, sans oublier les changements de concessionnaires¹⁴.

1.1.1.2 L'exigence d'un lien de droit entre les employeurs successifs repoussée par la jurisprudence communautaire

L'article 1, paragraphe 1, de la directive du 14 février 1977 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises paraît avoir un sens restrictif puisqu'il n'y est question que « des transferts [...] résultant d'une cession conventionnelle ou d'une fusion ». Un lien de droit doit unir les employeurs successifs.

Cette nécessité correspondait à la jurisprudence Desquenne et Giral, de sorte que le droit français s'accordait avec le droit communautaire. L'apparence était trompeuse, l'interprétation donnée de ce texte par la Cour de Justice étant particulièrement extensive. À plusieurs reprises la directive fut déclarée applicable, alors même qu'aucun lien de droit n'existait entre les employeurs successifs¹⁵.

C'est ainsi qu'elle s'appliqua à deux sociétés successivement concessionnaires de l'exploitation de bars et restaurants (arrêt Tellerup du 10 février 1988), en cas de rétrocession du fonds à son propriétaire après la

13. Cass. soc. 14 janvier 1988, SARL Satec c. M. Gosse, *Bull.* n° 36, p. 22 ; Cass. soc. 16 mai 1989, Soc. Harrison France c. M. Plumel et autre, *Bull.* n° 366, p. 221.

14. L'exigence d'un lien de droit a parfois été abandonnée, la chambre sociale tirait prétexte des circonstances de la cause, reprise de matériel, ou de clientèle pour admettre la transmission des contrats de travail, voy. Soc. 17 mars 1988, Mercator et Soc. 14 janvier 1988, Bordas reproduits en annexe de l'étude de J. DEPREZ, « Transferts d'entreprise et continuité des contrats de travail dans les jurisprudences françaises et communautaires », *R.J.S.* 1/89, p. 3. Voy. aussi Paris, 25 novembre 1988, Camping du Bois de Boulogne, *R.J.S.* 2/89, n° 128, observations J. Deprez, « l'existence d'un lien de droit entre les entrepreneurs successifs n'est pas une condition nécessaire à l'application des dispositions de l'article L. 122-12 du Code du travail, le critère réside dans la continuité d'une même entreprise, définie comme une entité économique autonome dont l'activité se poursuit sous une responsabilité nouvelle, avec la totalité ou une partie essentielle des moyens de production ou d'exploitation ».

15. Sur la jurisprudence communautaire voy. notamment : Cour de Justice des communautés européennes, 10 février 1988, Tellerup/Daddy's Dance hall, *Dr. soc.*, juin 1988 p. 455, conclusions de l'avocat général M. Darmon et note G. Couturier ; *D.* 1989, p. 175, note P. Pochet ; G. COUTURIER, « Le maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise », *Dr. soc.*, juillet-août 1989, p. 557 ; J. DEPREZ, « Transfert d'entreprises et continuité des contrats de travail dans les jurisprudences françaises et communautaires », *Bull. soc. Fr. Lefebvre*, 1/89 ; P. SARAMITO, note sous trois arrêts de la Cour de Justice des communautés européennes (10 février 1988-5 mai 1988-15 juin 1988), *Droit ouvrier*, juillet-août 1989, p. 319.

résolution judiciaire d'une location-vente (arrêt Berg et Busschers du 5 mai 1988) ou encore lorsqu'après avoir donné son fonds en location le propriétaire résilie le bail et vend le fonds (arrêt P. Bork International du 15 juin 1988).

Dans ces différentes hypothèses, la Cour de Justice écarte la condition d'un lien de droit direct entre les employeurs successifs pour que le maintien des contrats en cours s'impose au nouvel employeur. Lui importe par contre l'existence d'un rapport de droit entre le propriétaire du fonds et chacun des exploitants de l'activité économique objet du transfert. La cession d'entreprise n'est plus directe, elle s'opère en deux temps. Dans une première phase l'entreprise est transférée du locataire ou du concessionnaire au propriétaire ou au concédant suite à la résiliation du contrat, puis dans un deuxième temps est à nouveau transférée au second concessionnaire ou au nouveau propriétaire.

Bien que la directive communautaire ne soit pas d'application directe dans l'ordre juridique des États membres mais une simple invitation adressée à ceux-ci de mettre leur droit national en accord avec les dispositions européennes, la Cour de cassation ne pouvait maintenir longtemps sa jurisprudence. L'exigence d'un lien de droit direct était désormais en contradiction avec l'interprétation donnée de la directive par la Cour de Justice d'autant que le fait pour une juridiction suprême d'un État membre de ne pas se conformer à la jurisprudence communautaire pouvait être constitutif d'un manquement d'État¹⁶.

1.1.1.3 Le transfert en deux phases (Cass. Ass. plén. 16 mars 1990)

On savait la jurisprudence Desquenue et Giral menacée depuis un arrêt remarqué de la Cour d'appel de Paris du 25 novembre 1988¹⁷, le revirement est éclatant. Au cas de changement de concessionnaire ou, pour reprendre la terminologie européenne, de transfert en deux phases, les contrats de travail sont transférés par l'effet de la loi au nouvel exploitant. En pareille hypothèse, les liens de droit sont tout à fait réels, ils doivent être recherchés dans les relations qui unissent le concédant à chacun des concessionnaires successifs, et non, comme le soutenait autrefois la chambre sociale, dans le face à face entre concessionnaires¹⁸.

Les contrats de travail en cours au jour du transfert se poursuivent avec le nouveau concessionnaire, le nouvel adjudicataire ou le repreneur

16. Sur ce point voy. P. POCHET, « Maintien des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise », *Les petites affiches*, 13 juillet 1990, p. 9.

17. Paris, 25 novembre 1988, *R.J.S.* 2/89, n° 128, observations J. Deprez.

18. J. DEPREZ, « Marchés de services et activités concédées », *R.J.S.* 4/90, p. 202.

d'activité même si celui-ci tient ses droits de l'entrepreneur originaire et non du dernier exploitant. Depuis les arrêts de l'Assemblée plénière la chambre sociale l'a, à plusieurs reprises, rappelé¹⁹.

1.1.2 La perte d'un marché

S'il a toujours été affirmé que la seule perte d'un marché ne suffisait pas à permettre l'application de l'article L. 122-12, en revanche, le rejet du texte pour une même raison a été différemment apprécié par la Cour de cassation selon les époques.

1.1.2.1 L'exclusion de principe du texte pour toute perte d'un marché (Cass. Ass. plén. 15 novembre 1985)

Par deux arrêts du 15 novembre 1985²⁰, l'Assemblée plénière opéra un revirement que la doctrine dominante appelait de ses vœux mais n'avait espéré aussi extrême.

Dans une matière où les images maritimes ont depuis longtemps accompagné le lecteur le professeur Couturier pouvait écrire « on attendait un « reflux », c'est une lame de fond²¹ ». Le revirement était d'autant plus éclatant que les litiges étaient empreints de banalité ; dans les deux cas, suite à la résiliation d'un contrat de nettoyage de locaux, la nouvelle société à laquelle cette tâche était désormais confiée, avait refusé de poursuivre les contrats de travail des salariés affectés à cette activité. La cour de Douai, puis après cassation, la cour d'Amiens avaient écarté l'application de l'article L. 122-12. L'Assemblée plénière, en repoussant le pourvoi, marqua sa volonté de rompre avec la conception extensive adoptée par la

19. Cass. soc. 16 mai 1990, S.A. Transports Guillot, *R.J.S.* 7/90, n° 553 ; Soc. 13 juin 1990, Chevrier, *R.J.S.* 7/90, n° 554 ; Soc. 27 juin 1990, Chevrier, *R.J.S.* 7/90, n° 554 ; Soc. 27 juin 1990, Société Holiday Inn, n° 2585 P ; Soc. 4 juillet 1990, S.A. Tracto-Technique, *R.J.S.* 8-9/90, n° 649 ; Soc. 26 septembre 1990, Société Boucheries Bernard, *R.J.S.* 10/90, n° 754 ; Soc. 10 octobre 1990, Masson c. SARL Delius France, *R.J.S.* 11/90, n° 840.

20. Cass. Ass. plén. 15 novembre 1985, S.A. Nova Services/S.A. Groupe Services France ; SARL Nettoitout/SARL Clean Service ; « L'article L. 122-12 (2°) du Code du travail : les limites d'une jurisprudence », conclusions de l'avocat général Georges Picca et note de G. Couturier, *Dr. soc.*, janvier 1986, p. 1 ; *D.* 1986, 1, avec les conclusions de M. l'avocat général Picca ; H. SARFATI, « Les limites d'application de l'article L. 122-12, al. 2 du Code du travail », *Gaz. Pal.*, 1986, 2, doctr. p. 33 ; D. JOSEPH, « Le transfert d'entreprises et le maintien de l'emploi », *Droit ouvrier*, mars 1986, p. 85 ; *Gaz. Pal.*, 1986, 2, 38, note M. Rayroux ; *Les petites affiches*, 14 février 1986, note Viandier ; *Rev. trim. dr. civ.* 1986, 375, chronique P. Remy.

21. G. COUTURIER, note sous Cass. Ass. plén. 15 novembre 1985, *Dr. soc.*, janvier 1986, p. 8.

chambre sociale. Après avoir rappelé que « l'article L. 122-12 al. 2. c. trav. ne reçoit application qu'en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur » elle précise « qu'une telle modification ne peut résulter de la seule perte d'un marché ».

Cette modification paraissait condamner l'application du texte au cas où deux prestataires de services se succédaient sur un même marché, encore que sous l'empire de la jurisprudence antérieure il n'ait jamais été affirmé que la perte d'un marché justifiait par elle-même et dans tous les cas l'application de l'article L. 122-12²². Les tribunaux observaient que, parfois, le transfert d'activité consécutif à la perte d'un marché répondait aux conditions mises à l'application du texte.

Les arrêts de l'Assemblée plénière ne suffirent pas à lever les incertitudes encombrant la matière au point qu'un auteur concluait son étude par l'annonce de la vague déferlante du contentieux²³. La chambre sociale sema le trouble en réservant l'application de l'article L. 122-12 à l'hypothèse où une entreprise de gardiennage ou de nettoyage succédait à une autre. Dans deux arrêts de février et d'avril 1986²⁴ elle admit que « si une modification dans la situation juridique de l'employeur ne peut résulter de la seule perte de marché, elle pouvait procéder du transfert d'une branche d'activité importante dotée au sein de la société [...] d'une organisation autonome ». Si la nature de l'activité dévolue au prestataire était indifférente et pouvait, en conséquence, ne pas correspondre à celle principalement exercée par l'entreprise donneuse d'ordre, en revanche le marché concédé devait avoir une importance et une autonomie suffisantes pour constituer ce qui plus tard allait être baptisé entité économique et qui, à l'époque, n'était qu'entreprise. L'accent était porté sur le cadre structurel de l'activité et sur l'autonomie organisationnelle.

En recourant à cette formule la chambre sociale réduisait l'ampleur du revirement opéré par l'Assemblée plénière puisque des marchés de services continuaient à être présents dans la sphère d'application de l'article L. 122-12, dans le respect, il est vrai, de nouveaux critères. Toutefois l'opposition entre la jurisprudence de la chambre sociale et celle de l'Assemblée plénière n'avait peut-être pas le caractère catégorique qu'on a eu trop souvent tendance à lui accoler. Dans l'arrêt Dassault du 19 février 1986 il n'y avait pas succession de prestataires de services mais reprise d'une

22. G. COUTURIER, *loc. cit.*, p. 9.

23. G. COUTURIER, *loc. cit.*, p. 10.

24. Soc. 19 février 1986, Société Avions Marcel Dassault c. S.A. Le Gardiennage industriel de la Seine, *Bull.* V, n° 8, p. 7 ; Soc. 28 avril 1986, Soc. civ. agr. Blanchaud c. Trit et autres, *Juri-Social*, 1986, n° 6, F 48.

activité de gardiennage en gestion directe. La société Marcel Dassault Breguet-Aviation reprenait à son compte une activité qu'elle avait précédemment confiée à la société Gardiennage Industriel de la Seine. Un lien de droit unissait ces deux entreprises et c'est ce lien de droit qui autorisait un rapprochement avec les arrêts de l'Assemblée plénière, même si cette exigence ne se rencontrait pas formellement en leur sein.

Une doctrine autorisée²⁵ a souligné l'impact que ce revirement de jurisprudence avait sur la notion d'entreprise, il traduisait l'abandon de l'entreprise envisagée comme activité au profit de l'entreprise organisation entendue comme un ensemble de moyens matériels et humains rassemblés en vue d'une certaine finalité de production²⁶.

1.1.2.2 La prise en compte de la nature de l'activité dans la jurisprudence postérieure aux arrêts du 12 juin 1986 (concession d'activité et marché de services)

L'hypothèse rencontrée le plus souvent était celle d'une société qui reprenait en gestion directe une activité de services qu'elle avait précédemment confiée à une entreprise spécialisée. Entre l'utilisateur des services et l'entreprise prestataire desdits services était conclu un contrat d'où naissait un lien de droit qui, théoriquement, aurait dû permettre l'application de l'article L. 122-12. Or la Cour de cassation a, à plusieurs reprises, affirmé que la rupture des contrats d'entreprise avec reprise en gestion directe ne constituait pas une modification dans la situation juridique de l'employeur.

Dans une première espèce²⁷, le syndic d'une copropriété avait résilié une convention de gardiennage, la copropriété assurant désormais ce service alors que dans une seconde²⁸ une société exploitant des salles de cinéma avait résilié le contrat qui la liait à une entreprise de nettoyage et avait décidé de confier cette activité à son propre personnel.

Pour expliquer cette jurisprudence la doctrine a eu recours à la nature juridique des contrats ainsi qu'à la nature de l'activité exercée.

25. G. COUTURIER, *loc. cit.*, p. 9.

26. Sur les différents sens de la notion d'entreprise voy. H. BLAISE, « Continuité de l'entreprise : flux et reflux de l'interprétation extensive de l'article L. 122-12 al. 2 du Code du travail », *Dr. soc.*, février 1984, p. 91.

27. Cass. soc. 12 juin 1986, Soc. Sodem c. Madec et autre, *Bull. soc. Fr. Lefebvre*, 8-9/86, p. 383, arrêt XI.

28. Cass. soc. 9 juillet 1986, SARL Maintenance c. S.A. Cinésogar, en annexe de l'étude de H. BLAISE, « Les modifications dans la personne de l'employeur : l'article L. 122-12 dans la tourmente », *loc. cit.*, p. 837 ; voy. aussi J. DEPREZ, « L'article L. 122-12, al. 2 du Code du travail, nouveau régime et le critère du lien de droit : de nouvelles interrogations », *Bull. soc. Fr. Lefebvre*, 11/86.

La nature juridique des contrats

Selon une première analyse²⁹, il n'y aurait lien de droit qu'en exécution de contrats ayant pour objet de transférer un droit réel ou de jouissance sur l'entreprise ou l'un de ses démembrements.

Cette définition conduirait à écarter tous les contrats de fourniture de services, les contrats d'entreprise et de concessions, uniquement créateurs d'obligations personnelles. L'entreprise en recourant à un prestataire de services ne lui conférerait aucun droit d'exploiter une branche d'activité et attendrait simplement de lui un service rémunéré.

La nature de l'activité exercée n'aurait pas à être prise en compte. Il importerait peu que le contrat de prestation de services porte sur une partie de l'activité spécifique de l'entreprise cliente ou lui soit étrangère.

Cette présentation a été critiquée par le professeur Wagner³⁰ qui fait remarquer que le client a sur sa propre entreprise un droit de propriété ou de jouissance portant sur l'ensemble des activités qui contribuent à son fonctionnement, droit qu'il transfère momentanément au prestataire. Il n'y aurait pas lieu de dissocier droit réel et obligations personnelles : quant à chacune des activités de l'entreprise serait reconnu un véritable droit d'exploitation.

La nature de l'activité

Après ses arrêts du 12 juin 1986, la chambre sociale a défini le lien de droit non par la nature juridique du contrat passé mais par la nature de l'activité en cause. Dès lors que la liaison juridique avait pour objet de transférer une partie de l'activité de l'entreprise l'article L. 122-12 trouvait à s'appliquer. Cette interprétation fut à deux reprises consacrée à l'occasion de la résiliation d'un contrat de prestation de services suivi d'une reprise en gestion directe.

Dans une première espèce, la Compagnie générale de radiologie avait confié des activités de prospection et de vente de ses matériels pour l'est de la France à une autre société puis elle avait ultérieurement repris en gestion directe cette activité de distribution. La Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel d'avoir déclaré applicable le texte au motif qu'il y avait eu

29. B. BOUBLI, *Semaine sociale*, supplément au n° 336 du 24 novembre 1986 ; J. DEPREZ, « L'article L. 122-12 du Code du travail et les entreprises se succédant dans un marché : un revirement spectaculaire de jurisprudence », *Bull. soc. Fr. Lefebvre*, 8-9/86, p. 363.

30. E. WAGNER, « Le nouveau champ d'application de l'article L. 122-12 al. 2 », *Droit ouvrier*, juin 1990, p. 223.

« reprise de l'universalité du fonds de commerce³¹ ». Dans un second cas il s'agissait d'assurer le service de rédaction d'un journal³².

Cette jurisprudence reposait sur la distinction entre l'activité spécifique de l'entreprise et ses activités annexes. Alors que la première relevait du champ d'application du texte, quelle que soit la nature juridique des droits créés ou transmis par le contrat, les secondes échappaient à son attraction sans qu'il soit fait référence à leur importance et à leur autonomie. Ces activités annexes de l'entreprise correspondaient aux services périphériques ou aux services d'intendance parmi lesquels les activités de nettoyage, de gardiennage et de restauration représentaient l'essentiel³³.

En doctrine est apparue la volonté de combiner les deux critères, d'associer nature du contrat et nature de l'activité. Il y aurait contrat de concession ou d'exploitation lorsque l'opération a pour objet même de transférer un droit réel ou de jouissance sur l'activité ou une branche d'activité de l'entreprise concédante. Le lien de droit existerait dans la mesure où pourrait être constatée une modification dans la situation juridique de l'employeur. Au cas où seules seraient concernées des activités périphériques il y aurait marché de services ou contrat d'entreprise n'emportant pas transfert d'un droit de propriété ou de jouissance, le prestataire exercerait ses pouvoirs propres sur son entreprise et non des pouvoirs qui lui auraient été confiés par le cocontractant. En cette dernière hypothèse il n'y aurait pas lien de droit, la perte d'un marché n'engendrant pas de modification dans la situation juridique de l'employeur³⁴.

1.1.2.3 La jurisprudence communautaire et la notion d'entité économique

La jurisprudence communautaire, si elle porte atteinte à la première caractéristique du lien de droit, à savoir son caractère direct, laisse en suspens le second aspect, les espèces dont la Cour a eu à connaître portant, toutes, sur l'activité même de l'entreprise. À la question de savoir si la

31. Cass. soc. 9 juillet 1986, *Compagnie générale de radiologie c. Touchot*, en annexe de l'étude de H. BLAISE, « Les modifications dans la personne de l'employeur : l'article L. 122-12 dans la tourmente », *loc. cit.* ; J. DEPREZ, « L'article L. 122-12 al. 2 du Code du travail, nouveau régime et le critère du lien de droit : de nouvelles interrogations », *loc. cit.*

32. Cass. soc. 22 octobre 1987, *Société Delaroche*.

33. Cass. soc. 17 décembre 1986, *S.A. Les repas parisiens c. S.A. Texas instruments*, *Bull.* n° 603, p. 457. La mise à l'écart des marchés d'intendance revenait à condamner la jurisprudence Trit ou Dassault.

34. Voy. J. DEPREZ, « Un nouveau bilan sur l'article L. 122-12, al. 2 du Code du travail. Regards sur la jurisprudence postérieure aux arrêts du 16 mars 1990 », *Rev. jur. soc. Francis Lefebvre*, 2/91, p. 79 ; E. WAGNER, note sous Riom, 6 mars 1989, *Droit ouvrier*, juillet-août 1989, p. 326.

directive (qui ne s'applique qu'aux transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements) peut être sollicitée au cas de succession de deux adjudicataires pour l'exécution d'un même marché, aucune réponse n'est apportée. La doctrine, quant à elle, lie sa mise en œuvre aux caractéristiques de l'activité en cause et aux moyens en matériel et en hommes affectés à l'exécution du marché³⁵. Selon une formule dont use constamment la Cour de Justice, le transfert que vise la directive est celui d'une « entité économique qui conserve son identité », en conséquence seuls les marchés répondant à cette définition sont susceptibles de pénétrer dans le champ d'application du texte.

1.1.2.4 La référence à l'« entité économique autonome ayant conservé son identité » facteur d'élargissement du champ d'application (arrêts du 16 mars 1990)

La mise à l'écart d'une liaison directe entre employeurs successifs par les arrêts du 16 mars 1990 est de nature à favoriser l'application du texte à l'hypothèse d'un changement de prestataires de services sur un même marché, si ce n'est l'expression utilisée par la Cour de cassation dans l'arrêt Onet, qui précisément exclut pareille hypothèse. Cette exclusion est doublement motivée, d'une part à la suite de la résiliation du contrat qui la liait à l'Association pour l'accueil et la formation des travailleurs migrants, la société Onet n'avait perdu qu'un client dont l'activité était différente de la sienne et d'autre part cette perte n'avait entraîné ni la transformation du fonds, ni la cessation de ses activités.

La Cour de cassation, en ne prenant pas nettement partie en faveur soit de la nature des droits transmis soit de la nature de l'activité en cause, a donné naissance à de nombreuses incertitudes qui, certes, ont eu le mérite de stimuler l'imagination doctrinale³⁶, mais aussi de décontenancer la plupart des plaideurs.

35. Voy. G. COUTURIER, « Le maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise », *Dr. soc.*, juillet-août 1989, p. 561.

36. Sur la notion de perte de marché voy. E. WAGNER, « Le nouveau champ d'application de l'article L. 122-12 al. 2 », *Droit ouvrier*, juin 1990, p. 217 ; E. WAGNER, « La rupture d'un contrat de travail à raison de la perte d'un marché », *La semaine sociale Lamy*, n° 523, 22 octobre 1990, p. 3 ; E. WAGNER, « Bilan et analyse des arrêts rendus par la chambre sociale de la Cour de cassation sur les conditions et les effets de l'application de l'article L. 122-12, al. 2 du Code du travail depuis les décisions du 16 mars 1990 », *Les petites affiches*, 14 février 1991, p. 3 ; J. DEPREZ, « Un nouveau bilan de l'article L. 122-12, al. 2 du Code du travail. Regards sur la jurisprudence postérieure aux arrêts du 16 mars 1990 », *Rev. jur. soc.* Francis Lefebvre, 2/91, p. 71 ; P. POCHET, « Transferts de salariés et perte de marché », *Les petites affiches*, 9 mars et 14 mars 1991 ; E. LOISEAU, « L. 122-12 : champ d'application », *Semaine sociale Lamy*, n° 558, 8 juillet 1991, p. 4 ; E. LOISEAU, « L. 122-12 : champ d'application », *Semaine sociale Lamy*, n° 584, 27 janvier 1992, p. 4.

De la notion de perte de marché plusieurs interprétations ont été proposées. M. le professeur Wagner a donné de l'arrêt Onet trois lectures³⁷ :

- seraient exclues toutes les pertes de marchés, le lien de droit découlant d'un contrat de prestations de service ou d'entreprise n'étant pas de ceux autorisant un recours à l'article L. 122-12, al. 2 ;
- ne seraient exclues que les pertes de marché portant sur une activité annexe de l'entreprise cliente ;
- ne seraient en dernier lieu exclues que les pertes de marché n'ayant pas une importance et une autonomie suffisantes pour constituer une entité économique.

Ces incertitudes ont été partiellement levées par la chambre sociale qui, depuis deux ans, contribue à donner à l'ensemble une cohésion dont le défaut avait été, par beaucoup, souligné. L'examen d'un contentieux, qui demeure abondant³⁸, atteste qu'une même notion, celle d'entité économique, est retenue quelle que soit la nature du contrat conclu.

Le marché de services

Au cours d'une première phase la chambre sociale repoussa le recours à l'article L. 122-12 lorsque plusieurs prestataires se succédaient sur un même marché au seul motif que ce texte « n'est pas applicable dans le cas de la seule perte d'un marché ». Les arrêts rendus intéressaient des chantiers de nettoyage, un marché d'entretien de la gare de l'Est de Paris et un service d'électromécanicien à fournir à la direction des constructions navales³⁹.

La Cour de cassation posait en postulat l'exclusion de l'article L. 122-12 et ne jugeait pas opportun de constater que dans les espèces qui lui étaient soumises aucune entité économique identique n'était transférée.

Par la suite la référence à la perte d'un marché a disparu de la motivation des arrêts de la Cour suprême qui désormais appuie l'exclusion du

37. E. WAGNER, « Le nouveau champ d'application de l'article L. 122-12 al. 2 », *loc. cit.*, p. 220.

38. M. le professeur H. Blaise a recensé 44 arrêts de la chambre sociale relatifs à l'article L. 122-12 entre avril et décembre 1990.

39. Soc. 13 juin 1990, SNC Le nettoyage général c. Gutierrez, *R.J.S.* 7/90, n° 552 ; Soc. 27 juin 1990, Société nouvelle Electric Lux c. Thomas, *Bull. civ.* V, n° 317, p. 189 ; Soc. 16 septembre 1990, S.A. Île de France Nettoyage c. Vion ; Soc. 10 octobre 1990, S.A. Union de services publics c. Lagraoui, *R.J.S.* 11/90, n° 844. Sur ces arrêts voy. J. DEPREZ, « Un nouveau bilan sur l'article L. 122-12, al. 2 du Code du travail », *loc. cit.*, pp. 72-74.

texte sur le fait qu'aucune entité économique ayant conservé son identité n'a été transférée au nouveau prestataire ou exploitant.

Cette évolution est perceptible dans tous les cas de figure susceptibles d'être rencontrés dans le cadre d'un marché de services.

S'agissant d'une succession de prestataires deux arrêts du 12 décembre 1990⁴⁰ témoignent de cette évolution. Dans une première affaire la société française des pétroles BP avait confié à la société Locabus, entreprise de louage de voitures, le transport du personnel travaillant sur le site de la raffinerie de Lavera. À la suite de la résiliation amiable de ce contrat, une nouvelle convention ayant le même objet fut conclue avec la société des autocars Bonnot qui, utilisant ses propres cars, refusa de reprendre les chauffeurs que le précédent exploitant avait affectés à ces transports.

Dans la seconde, la fabrique de salaisons Herta France, après avoir distribué elle-même ses produits, confia cette tâche à la société Transports Frigorifiques Européens (TFE) qui reprit les contrats de travail de 12 chauffeurs mais cette société n'affecta pas ces chauffeurs exclusivement au transport des marchandises fabriquées par l'entreprise cliente. Quatre ans plus tard cette dernière s'adressa à un nouveau prestataire qui refusa de poursuivre les contrats de travail de deux chauffeurs.

Dans les deux espèces la chambre sociale, plutôt que de raisonner dans les termes classiques de la perte d'un marché, préfère relever soit qu'aucune entité économique n'avait été transférée (1^{ère} espèce), soit que l'entité transférée avait perdu son identité (2^{ème} espèce).

Une même tendance se retrouve au cas d'*adjudication initiale du marché de services par l'entreprise cliente*. L'entreprise qui faisait effectuer par ses propres salariés une activité d'intendance (nettoyage — gardiennage...) la confie par contrat à un prestataire spécialisé. Certes il n'y a pas de perte de marché, mais plutôt acquisition d'un marché par le prestataire, toutefois l'opération se présente sous une même apparence, une activité est transférée d'une entreprise à une autre. À la fin de l'année 1990 plusieurs arrêts ont été rendus qui confirment l'évolution précédemment tracée⁴¹.

40. Soc. 12 décembre 1990, Sté des Autocars Bonnot c. Narducci et autres, *R.J.S.* 2/91, n° 158 ; Soc. 12 décembre 1990, Sté TFE Eurotransit International c. Belotti et autres, n° 4625 P + F ; voy. J. DEPREZ, *loc. cit.*, pp. 73-74 ; H. BLAISE, « L'article L. 122-12 après la tourmente : vers la stabilisation de la jurisprudence ? », *Droit social*, mars 1991, p. 247.

41. Soc. 26 septembre 1990, Pink c. Sté Castorama et autres, *R.J.S.* 11/90, n° 841 ; Soc. 12 décembre 1990, Guegan et autre c. Sté Clause, *R.J.S.* 2/91, n° 157 ; Soc. 19 décembre 1990, Borgès de oliveira c. SAEMC et autre, *R.J.S.* 2/91, n° 157 ; voy. J. DEPREZ, *loc. cit.*, pp. 75-76 ; E. WAGNER, « Bilan et analyse des arrêts rendus par la chambre sociale de la Cour de cassation... », *loc. cit.*, p. 5.

La société Castorama, après avoir affecté un de ses salariés au nettoyage de ses magasins, avait confié cette tâche à une entreprise prestataire de services qui, tout en maintenant le contrat, avait décidé d'en modifier certains des termes, ce que le salarié refusa. À la question de savoir laquelle de ces deux sociétés était débitrice des indemnités de rupture, la chambre sociale répond que le contrat de travail avait subsisté avec l'employeur initial et qu'il n'y avait pas lieu à application de l'article L. 122-12, « dès lors que le nettoyage du magasin ne constituait pas une entité économique autonome dont l'activité avait été poursuivie ou reprise ».

Les mêmes termes se retrouvent dans une autre espèce.

Deux salariés de la société Graines d'élite Clause affectés à des travaux de menuiserie avaient été avisés par leur employeur de ce que ces travaux devaient être sous-traités à la société GIP. Cette dernière ne refusait pas de reprendre ces salariés mais entendait modifier le lieu d'activité. Le refus des salariés ayant entraîné leur licenciement la Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir décidé que l'activité de menuiserie constituait une entité économique autonome qui avait conservé son identité et dont l'activité avait été poursuivie par la société GIP.

Entre toutes ces décisions il est un élément commun, la notion de perte de marché ne suffit pas, à elle seule, à éliminer l'article L. 122-12. Ce texte trouve à s'appliquer dès lors que le marché en cause constitue une entité économique autonome ayant conservé son identité. La jurisprudence la plus récente ne paraît pas remettre en cause cette conclusion, en particulier à l'occasion de l'affaire des éboueurs de Nîmes. Le service de nettoiement des ordures ménagères de la ville de Nîmes était assuré depuis de nombreuses années par la Société Poitevine de Nettoiement (SPN). Alors que le marché devait venir à expiration le 31 juillet 1990, la SPN l'a transféré à sa filiale, la Société Nîmoise de Nettoiement (SNN), à effet du 1er janvier 1990, avec l'approbation de la Municipalité de Nîmes.

Mais le 1er août le marché a été attribué à la suite d'un appel d'offres à la Société de Nettoiement des Villes (SONEVIE). Le cahier des charges prévoyait que l'adjudicataire devait reprendre 80 % du personnel employé par la SNN. La SONEVIE, qui estimait que l'article L. 122-12 ne lui était pas applicable, accepte de reprendre les 82 employés, mais à des conditions différentes.

La Cour d'appel de Nîmes, par un arrêt du 22 novembre 1990⁴², considère que « le marché public d'enlèvement des ordures ménagères [...]

42. Nîmes, 22 novembre 1990, voy. E. WAGNER, « La notion de marché et l'application de l'article L. 122-12 du Code du travail (à propos de l'affaire des éboueurs de Nîmes) », *Droit ouvrier*, mars 1991, p. 77.

constitue par sa stabilité économique, son importance, l'identité du champ d'activité et des moyens techniques mis en œuvre une entreprise au sens de l'article L. 122-12 [...] qu'il s'agit donc, non de la seule perte d'un marché mais [...] du transfert d'une entité économique qui a conservé son identité et poursuivi les mêmes activités ».

Certes la Cour de cassation, par un arrêt du 6 novembre 1991⁴³, se prononce-t-elle favorablement à la cassation mais uniquement au motif qu'en décidant que la SONEVIE devait reprendre les contrats de travail de la totalité des salariés de la SNN la Cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis du cahier des charges qui prévoyait l'obligation pour l'adjudicataire de reprendre au moins 80 % du personnel. Quant à l'applicabilité de l'article L. 122-12, la Cour suprême estime « qu'à elle seule l'exécution d'un marché de prestation de services par un nouveau titulaire ne réalise pas le transfert d'une entité économique ayant conservé son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise ».

Il est symptomatique de constater que, dans son rapport, M. le conseiller Waquet opère un rapprochement entre marché de services et concession et illustre ses propos par des exemples intéressant l'une et l'autre de ces deux notions. Un même régime s'appliquerait donc dans les deux cas.

Les concessions

Au temps où un lien de droit était exigé la succession de concessionnaires se déroulait en marge de l'article L. 122-12. Deux des arrêts du 16 mars 1990 qui ont éloigné cette condition illustrent cette hypothèse ; ils ont tous deux retenu le transfert des contrats de travail. Depuis lors cette solution a été maintes fois reconduite mais l'existence d'un contrat de concession ne suffit pas à permettre la mise en œuvre du texte, encore faut-il que soit transférée une entité économique autonome dont l'activité se poursuit⁴⁴.

Dans une première espèce une société allemande avait confié la représentation et la distribution de ses matériels en France à une société commerciale de représentation (SCRC). Celle-ci ayant cessé ses activités,

43. Soc. 6 novembre 1991, Sté Sonevie c. FNST et autres, rapport du conseiller P. WAQUET, « La reprise d'un marché de prestations de service entraîne-t-elle l'application de l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail ? », *Dr. soc.*, février 1992, p. 186.

44. Soc. 4 juillet 1990, S.A. Tracto-Technique c. Parmentier, *R.J.S.* 8-9/90, n° 649 ; Soc. 26 septembre 1990, S.A. Boucherie Bernard c. Cœuret, *R.J.S.* 10/90, n° 754 ; Soc. 19 décembre 1990, SED c. Ouizille, *R.J.S.* 2/91, n° 154 ; voy. J. DEPRez, *loc. cit.* ; voy. aussi Soc. 12 décembre 1990, D. Letailleur c. Comité de cantine du LRBA, *R.J.S.* 2/91, n° 153.

le concédant créa une filiale (Tracto technique France) avec un même objet. L'arrêt approuve la Cour d'appel d'avoir considéré que le contrat de travail du salarié affecté par le premier concessionnaire à la représentation du fabricant dans les quatre départements du nord de la France s'était poursuivi au motif que les juges du fond avaient « fait ressortir qu'une entité économique autonome comprenant des éléments d'exploitation avait été transférée permettant au nouveau concessionnaire d'en poursuivre l'activité ».

Dans une autre affaire où le nouveau concessionnaire d'un rayon de boucherie dans un supermarché avait refusé de prendre à son service le salarié qui y était affecté, la chambre sociale constate qu'un rayon équipé en vue de la vente au détail de produits de boucherie constitue « une entité économique autonome conservant son identité, qu'elle avait été transférée, permettant au nouveau concessionnaire, en répondant aux besoins de la clientèle du supermarché, d'en reprendre l'activité ».

Une même solution se rencontre au cas de *reprise de l'activité par le concédant*, solution qui, contrairement à la précédente, était admise depuis longtemps.

Deux arrêts illustrent le propos⁴⁵. La société allemande Delius und Sohn, fabriquant des tissus d'ameublement et de décoration, assurait la distribution en France de ses produits par l'intermédiaire d'une filiale, la société Delius France. Celle-ci ayant cessé toute activité la société mère reprit à son service M. Masson, représentant multicartes, précédemment employé par la filiale, mais lui imposa de nouvelles conditions de travail. La Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir appliqué l'article L. 122-12 au motif qu'elle avait « fait ressortir qu'une entité économique autonome qui avait conservé son identité avait été transférée ».

La compagnie Air Inter avait confié sa publicité à la société Parfrance qui avait affecté l'un de ses salariés, M. Bonnotte, à la tenue de stands publicitaires dans les foires et salons. Le contrat de concession ayant été résilié, Air Inter refusa de reprendre le salarié à son service tout en l'assurant que l'activité à laquelle il était employé serait poursuivie par la Société Promopress qui était disposée à l'embaucher. La Cour d'appel avait décidé que le contrat de travail de M. Bonnotte s'était poursuivi avec la Société Air Inter. Cet arrêt a été cassé pour n'avoir pas constaté qu'il y avait eu transfert d'une entité économique autonome ayant conservé son identité et dont l'activité aurait été poursuivie ou reprise.

45. Soc. 10 octobre 1990, Masson c. SARL Delius France, *R.J.S.* 11/90, n° 840 ; Soc. 12 décembre 1990, Air inter c. Bonnotte, *R.J.S.* 2/91, n° 154.

Au sortir de ce panorama jurisprudentiel il apparaît que les notions de marchés de services et de concessions autorisent toutes deux l'application de l'article L. 122-12, contrairement à la solution autrefois prônée. La nature du contrat importe peu, de même que la nature de l'activité exercée, pourvu que soit transférée une entité économique autonome ayant conservé son identité.

Au travers des éléments de l'espèce le juge doit s'attacher à rechercher si les conditions désormais posées par la jurisprudence sont ou non réalisées, de sorte qu'une même opération, le marché de services par exemple, pourra conduire à des solutions diamétralement opposées selon que l'entité requise est ou non constituée :

En s'attachant exclusivement à la recherche de l'entité, quel que soit le cas considéré, les tendances relevées dans la jurisprudence la plus récente contiennent en germe l'unification du régime de l'article L. 122-12, la généralisation du transfert des contrats de travail à tous les cas de figure, et la disparition de la formule sur les pertes de marchés, encore survivante, mais devenue embarrassante pour la cohérence de l'ensemble jurisprudentiel⁴⁶.

Cette unité retrouvée, à supposer que la tendance se poursuive, présente l'immense avantage de lever l'ambiguïté qui entourait la distinction du principal et de l'accessoire.

Il n'était pas toujours aisé de tracer la frontière entre ce qui relève de l'activité propre de l'entreprise et les activités simplement annexes. Si les contrats de nettoyage ou de gardiennage des locaux ne soulevaient guère de problème, en revanche ceux visant à la commercialisation des produits fabriqués ou à mieux faire connaître d'un large public lesdits produits étaient plus difficilement localisables. La doctrine la plus autorisée admettait que ces dernières activités n'étant que des démembrements de l'activité même de l'entreprise, l'article L. 122-12 devait permettre la poursuite des contrats de travail des salariés affectés par le prestataire à l'exercice de ces activités⁴⁷.

Un exemple est particulièrement révélateur du caractère artificiel de la distinction⁴⁸. Le comité de cantine du Laboratoire de Recherches Balistiques et Aérodynamiques (LRBA) assurait à la fois la restauration du personnel de ce laboratoire et de celui de la Société Européenne de Propulsion (SEP).

46. J. DEPRez, « Un nouveau bilan sur l'article L. 122-12, al. 2, du Code du travail », *loc. cit.*, p. 80 ; voy. aussi le rapport du conseiller P. Waquet, Soc. 6 novembre 1991, Sté Sonevie c. FNST et autres, *Dr. soc.*, février 1992, p. 186 : « Notre jurisprudence, qui en définitive ne distingue pas entre concession et marché... »

47. Voy. H. BLAISE, « Les modifications dans la personne de l'employeur... », *loc. cit.*, p. 841.

48. Soc. 12 décembre 1990, Letailleur c. Comité de cantine du LRBA, *R.J.S.* 2/91, n° 153.

En 1982 cette entreprise décida de céder à la société Eurest la restauration du personnel de la SEP, opération qui se traduisit par le transfert de quatorze salariés parmi lesquels Mme Letailleur qui refusa ce transfert. La Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir déclaré applicable l'article L. 122-12 après avoir constaté que « l'une des branches d'activité de l'entreprise avait été cédée à un tiers et qu'ainsi il y avait eu transfert d'une entité économique conservant son identité dont l'activité avait été poursuivie ou reprise ».

Ainsi donc une même activité de restauration peut être considérée comme un marché de services ou une concession. Si les termes anciens étaient préservés, pour une même opération deux solutions contraires seraient retenues. Marché de services, l'activité de restauration ne permettrait pas le transfert des contrats de travail, concession le texte serait déclaré applicable sous réserve de l'existence de l'entité économique autonome. Résultat inacceptable.

La jurisprudence qui s'est développée depuis 1990 — si elle a contribué à donner à l'ensemble une harmonie qui lui faisait défaut — est à l'origine d'une nouvelle interrogation relativement à la définition de « l'entité économique autonome ».

1.2 La recherche d'une définition de l'entité économique conservant son identité

L'entité économique sur laquelle la chambre sociale fait reposer sa jurisprudence n'est que le prolongement de la notion d'entreprise dont on sait qu'elle est susceptible de deux acceptions⁴⁹. Dans son sens le plus traditionnel, l'entreprise désigne l'organisation dont l'objet est de pourvoir à la production, à l'échange ou à la circulation des biens ou des services⁵⁰. Mais le terme sert également à désigner l'activité économique exercée.

Toute la difficulté réside dans le choix entre ces deux sens, à moins qu'il ne convienne de les associer. Aussi, afin de mieux cerner la notion d'entité économique, importe-t-il de rechercher la signification privilégiée par les tribunaux tant au plan interne que sur un terrain communautaire.

49. Voy. H. BLAISE, « Continuité de l'entreprise : flux et reflux de l'interprétation extensive de l'article L. 122-12 al. 2 du Code du travail », *Dr. soc.*, février 1984, p. 91.

50. Pour une présentation des différentes définitions économiques voy. M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, T. 1, 1957, introduction.

1.2.1 Les précédents

1.2.1.1 La jurisprudence française : l'entreprise activité

Très tôt les tribunaux ont fait « prévaloir l'entreprise activité sur l'entreprise organisation que paraissait impliquer le texte légal⁵¹ ». Dès 1934 il fut admis que le texte s'appliquait au cas où une même activité se poursuivait avec un nouveau concessionnaire alors même qu'aucune organisation n'avait été transmise⁵². Le paroxysme fut atteint en 1978 lorsque la Cour de cassation décida que les contrats de travail subsistaient avec le nouvel exploitant d'un service de gardiennage, d'entretien ou de restauration⁵³.

Dès lors toute branche d'activité, tout chantier, tout marché pouvait constituer une entreprise au sens de l'article L. 122-12. Le texte était applicable au cas où l'activité du nouvel exploitant n'était pas la même que celle de son prédécesseur pourvu qu'entre elles puisse être décelé un lien de connexité⁵⁴. De même il fut considéré que les modifications intervenues dans les conditions d'exploitation ne suffisaient pas à tenir en échec le texte⁵⁵.

Toutefois, à une époque plus récente, la doctrine la plus autorisée a pu se demander si l'irrésistible ascension de L. 122-12, après avoir atteint son apogée, ne connaissait pas un certain déclin⁵⁶. Plusieurs arrêts témoignaient d'une mutation de l'entreprise et d'une priorité donnée à l'organisation. Dans une première affaire, à la suite de la cessation d'activité d'une compagnie de transports routier (CAT) certaines lignes qu'elle exploitait furent confiées par l'autorité préfectorale à la Régie départementale des transports des Ardennes (R.D.T.A.). Celle-ci avait repris une partie du personnel (onze chauffeurs) mais refusait de lui appliquer l'article L. 122-12. La Cour de cassation approuva la Cour d'appel de Reims d'avoir justifié l'exclusion du texte par le fait que l'entreprise initiale « avait disparu au moment où la R.D.T.A. a assuré, dans des conditions différentes et avec d'autres moyens, un nouveau service de transports⁵⁷ ». Mais comme le

51. H. BLAISE, *loc. cit.*, p. 92.

52. Civ. 27 février 1934, *D.H.* 1934, 252.

53. Soc. 15 février 1978, *Bull.* V, n° 105, p. 77 ; Soc. 8 novembre 1978 et Soc. 30 novembre 1978, *D.* 1979, 277, note J. Pelissier.

54. Soc. 23 février 1977, *Bull.* V, n° 133, p. 104.

55. Soc. 9 juillet 1980, *Bull.* V, n° 632, p. 472 ; *D.* 1981, I.R., 316.

56. H. BLAISE, « Continuité de l'entreprise : flux et reflux... », *loc. cit.*, p. 95 et suiv. ; J. DEPREZ et A. CHIREZ, *Cessions d'entreprises et situations assimilées*, éd. Francis Lefebvre, décembre 1984, p. 35 et suiv.

57. Soc. 23 mars 1983, Compagnie ardennaise de transports (C.A.T.) c. Régie départementale des transports des Ardennes (R.D.T.A.), en annexe de l'étude de H. Blaise.

note pertinemment M. le Professeur Blaise, en cette hypothèse seule avait disparu l'entreprise organisation, mais l'entreprise activité économique constituée par l'exploitation de lignes de transport subsistait et aurait dû permettre la continuité des contrats de travail si la jurisprudence ancienne avait été maintenue⁵⁸.

Une même motivation se retrouve dans une affaire où une société (S.M.O.) qui avait d'abord confié la gestion de sa cantine à une société spécialisée, puis avait résilié le marché pour s'approvisionner en plats cuisinés préparés à l'extérieur. Dès lors la S.M.O. refusa de prendre à son service un cuisinier et une serveuse que le prestataire précédent avait affectés à ce marché. Les juges ont estimé que, compte tenu des modalités d'exploitation très différentes, l'entreprise de restauration n'avait pas continué et que les emplois avaient disparu⁵⁹. On peut douter de la modification de l'activité s'agissant de la serveuse, voire même du cuisinier.

Ainsi donc, à la veille des arrêts de 1985, la Cour de cassation paraissait autant s'attacher à l'organisation de l'entreprise qu'à l'activité développée.

1.2.1.2 La jurisprudence communautaire : la méthode du faisceau d'indices

Son examen est d'autant plus indispensable qu'elle a servi de modèle à la Cour de cassation qui lui a emprunté la notion d'entité économique ayant conservé son identité. Quoique l'entité soit préférée à l'entreprise se rencontrent les mêmes interrogations et les mêmes oppositions. La directive du 14 février 1977 s'appliquant aux « transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements à un autre chef d'entreprise » l'entité économique devrait, semble-t-il, avoir une structure et une organisation autonomes. Ce serait oublier que la Cour de Justice donne de la notion une interprétation extensive. Plutôt que de s'enfermer dans des formules rigides elle invite à prendre en considération « l'ensemble des circonstances de fait caractérisant l'opération en cause ».

Pour savoir si l'entité conserve son identité il faut notamment examiner si son exploitation est effectivement poursuivie ou reprise par le nouveau chef d'entreprise, avec les mêmes activités économiques ou des activités analogues. Au nombre des circonstances de fait, la Cour compte « le type d'entreprise ou d'établissement, le transfert ou non d'éléments corporels, la valeur des éléments incorporels au moment du transfert, la reprise ou non de l'essentiel des effectifs, le degré de similarité des activités

58. H. BLAISE, *loc. cit.*, p. 96.

59. Soc. 5 juillet 1983, Goron et dame Pérard c. Société de moyens d'organisation (S.M.O.), reproduit en annexe de l'étude de H. Blaise.

exercées avant et après le transfert et la durée de suspension des activités ».

Cette formule extraite de l'arrêt *Spijkers*⁶⁰ se retrouve dans les mêmes termes, ou presque, dans l'arrêt *Bork*⁶¹.

Ces arrêts, en visant tout à la fois le maintien des mêmes activités ou d'activités analogues et le transfert des éléments corporels et incorporels, ne paraissent pas prendre partie entre l'entreprise activité et l'entreprise organisation⁶². Dans toutes ces espèces l'opération porte sur l'activité même de l'entreprise.

Une évolution est toutefois perceptible, dans l'affaire *Tellerup* la Cour de Justice déclare applicable la directive dans une situation où, au terme d'une concession non transférable, le propriétaire de l'entreprise cède celle-ci à un nouveau concessionnaire qui en poursuit l'exploitation sans interruption avec le même personnel, antérieurement licencié à l'expiration de la première concession⁶³. Il n'est plus fait référence au transfert des éléments corporels et incorporels, au point qu'un auteur⁶⁴ estime que l'activité est l'élément unique de définition de l'entreprise, après avoir été l'élément capital de la définition.

1.2.2 L'application cumulative des deux acceptions de l'entreprise

Au vu de la jurisprudence communautaire mais aussi des décisions françaises les plus récentes plusieurs auteurs ont proposé une définition de « l'entité économique ayant conservé son identité », ainsi pour M. le Professeur Couturier, « elle apparaît comme un ensemble de facteurs de production affectés à une même exploitation. La nature de ces moyens d'exploitation diffère considérablement d'un cas à l'autre. Il peut s'agir de biens corporels (locaux, matériel, stocks) et de biens incorporels (clientèle, contrats en cours, droits sur une marque), etc. C'est lorsque ces moyens d'exploitation sont transférés, tout en conservant leur destination (la même activité ou des activités analogues), que la règle légale impose au nouvel exploitant la poursuite de l'exécution des contrats en cours⁶⁵. »

60. C.J.C.E., 18 mars 1986, aff. 24/85, *Rec.* p. 1119, concl. Gordon Slynn.

61. C.J.C.E., 15 juin 1988, P. Bork International, aff. 101/87; voy. aussi *Droit ouvrier*, juillet-août 1989, p. 322, note F. Saramito.

62. En ce sens voy. P. RODIERE, note sous l'arrêt *Tellerup* du 10 février 1988, *Rev. trim. dr. europ.*, octobre-décembre 1988, p. 715.

63. C.J.C.E., 10 février 1988, *Tellerup*, *Rec.* 324/86; note P. RODIERE, *loc. cit.*; conclusions de l'avocat général Marco Darmon, *Dr. soc.*, juin 1988, p. 455; G. COUTURIER, *Dr. soc.*, juin 1988, p. 459; P. POCHET, note *D.* 1989, p. 175.

64. P. POCHET, *loc. cit.*, p. 178.

65. G. COUTURIER, *Droit du travail*, 1/*Les relations individuelles de travail*, P.U.F., coll. droit fondamental, 1990, p. 353.

Dans cette description des conditions d'application de l'article L. 122-12 se retrouvent les deux acceptions de l'entreprise, mais, contrairement à la jurisprudence qui pendant longtemps s'est développée, toutes deux désormais sont retenues et se cumulent. Il ne suffirait pas qu'une même activité se poursuive, encore conviendrait-il que soient transférés les éléments indispensables à son exercice. Pareille affirmation est contredite par l'analyse des arrêts les plus récents.

1.2.2.1 Le transfert des éléments d'exploitation : l'entreprise organisation

Si de nombreux arrêts appuient la poursuite des contrats en cours sur le transfert des moyens d'exploitation en revanche d'autres décisions conservent silence sur cette condition.

La référence expresse au transfert des éléments d'exploitation

Le matériel

Dans l'un des trois arrêts rendus le 16 mars 1990 l'Assemblée plénière approuve la Cour d'appel d'avoir décidé que les salariés de la Société d'Exploitation du Touring club de Paris-Ouest étaient passés au service de la Société Les Campings d'Île-de-France après que le contrat de concession de la première, relatif au terrain de camping du Bois de Boulogne, eut pris fin. Elle constate « qu'une entité économique autonome comprenant, comme éléments d'exploitation, des terrains et des installations, avait été transférée, permettant au nouveau concessionnaire d'en poursuivre l'activité⁶⁶ ».

Dans un arrêt du 26 septembre 1990 la chambre sociale se contente de constater qu'un rayon équipé en vue de la vente au détail de produits de boucherie constitue une entité économique autonome et qu'elle a été transférée à un nouveau concessionnaire⁶⁷.

Dans une espèce où la société BP avait confié à la société Locabus le transport du personnel puis, après résiliation amiable de ce contrat, avait conclu une convention ayant le même objet avec la société des Autocars Bonnot qui refusa de reprendre les chauffeurs que le précédent exploitant avait affectés à ces transports, la Cour d'appel avait décidé que le texte s'appliquait, le nouvel exploitant assurant les mêmes services avec les mêmes emplois. La Cour de cassation censure les juges du fond pour

66. Ass. plén. 16 mars 1990, Appart et autres.

67. Soc. 26 septembre 1990, S.A. Boucheries Bernard, R.J.S. 10/90, n° 754.

n'avoir pas tenu compte du fait que ce nouvel exploitant, pour rendre ce service, utilisait ses propres cars⁶⁸.

Les locaux

Après que la société Église 94 eut été déclarée en règlement judiciaire un fonds de commerce de garage que celle-ci exploitait dans un immeuble lui appartenant fut donné en location-gérance à la société Nouvelle Église. Le contrat de location-gérance étant venu à son terme et l'immeuble ayant été adjugé à la société civile immobilière du Chemin vert, le syndic refusa de prendre à sa charge les contrats de travail des salariés affectés à cette exploitation. La société Bonnet prit cet immeuble en location et y exerça une même activité mais, elle aussi, refusa de poursuivre les contrats de travail des salariés. La Cour d'appel s'étant prononcée favorablement au licenciement, la décision est censurée par la Cour de cassation au motif « que c'était la même entité économique, comprenant comme éléments d'exploitation, les locaux et les marques qui, malgré une suspension de quelques jours, avait poursuivi la même activité⁶⁹ ».

Une même idée se retrouve dans un cas où une société ayant repris à bail un hôtel avait refusé de poursuivre les contrats d'une partie du personnel. Selon la Cour suprême les magistrats du fond avaient constaté que « dans les mêmes lieux se poursuivait la même activité hôtelière ce qui représentait le transfert d'une entité économique conservant son identité » et devaient en conséquence déclarer applicable l'article L. 122-12⁷⁰.

L'absence de référence au transfert des éléments d'exploitation

Dans nombre d'arrêts la Cour de cassation a permis le recours à l'article L. 122-12 sans qu'ait été constaté le transfert des moyens d'exploitation.

Dans l'affaire des arènes de Nîmes, le nouveau concessionnaire, la société Nimoise de tauromachie et de spectacles, avait refusé de reprendre Mme Bodrero Sereu. La Cour d'appel ayant accueilli la demande de celle-ci le pourvoi reprochait à l'arrêt d'avoir jugé l'article L. 122-12 applicable sans rechercher si l'activité transférée était importante et dotée d'une organisation autonome. L'Assemblée plénière rejette le pourvoi, elle répond simplement que la Cour d'appel ayant « fait ressortir qu'avait été

68. Soc. 12 décembre 1990, S.A. Autocars Bonnot c. Narducci et autres, *R.J.S.* 2/91, n° 158.

69. Soc. 13 juin 1990, Chevries et autre c. Sté Bonnet et autres, *R.J.S.* 7/90, n° 554.

70. Soc. 27 juin 1990, Joly et autres c. Sté Holiday Inn et autres, *R.J.S.* 2/91, n° 152.

transférée une entité économique conservant son identité et que l'activité en avait été reprise », elle a ainsi justifié sa décision⁷¹.

De même lorsque trois salariés d'une entreprise étaient affectés à des travaux de menuiserie sous-traités par la suite à une autre société la Cour suprême constate « que cette branche d'activité constituait une entité économique autonome qui avait conservé son identité et dont l'activité avait été poursuivie » par le sous-traitant, sans qu'il soit fait référence au moindre matériel⁷². Solution d'autant plus surprenante que l'activité en question ne correspondait en rien à l'activité principalement exercée par l'entreprise, ce n'était qu'un service d'entretien.

Il a été précédemment démontré que le clivage entre contrat de concession et marché de services a perdu de sa rigueur et que les seconds, au même titre que les premiers, peuvent permettre l'application de l'article L. 122-12 dès lors qu'est établie l'existence d'une entité économique ayant conservé son identité. À compter de l'instant où il n'apparaît pas nécessaire de transférer les moyens d'exploitation ou de constater ce transfert seule subsiste l'identité dont on sait qu'elle engendre des abus maintes fois dénoncés. Pareil raisonnement revient à autoriser en bloc ou à condamner en bloc la poursuite des contrats de travail en cas de perte de marché (ou d'acquisition d'un marché). Il apparaît préférable d'exiger des juges du fond la démonstration d'un transfert des éléments corporels ou incorporels, faute de quoi les salariés perdraient le bénéfice de leur emploi.

1.2.2.2 La poursuite d'une même activité : l'entreprise activité

Parmi les circonstances dont ont eu à connaître les tribunaux beaucoup sont indifférentes et n'influent pas sur la solution, seules quelques-unes d'entre elles sont prises en compte.

Les éléments pris en compte

Un exemple de déperdition de l'entité économique est fourni par un arrêt du 12 décembre 1990⁷³. La fabrique de salaisons Herta France qui assurait elle-même le transport de ses produits confia cette activité à un premier prestataire qui reprit les contrats de travail de douze chauffeurs. Ultérieurement la société Herta fit appel à un nouveau prestataire pour le transport de ses salaisons. Pour la Cour de cassation il n'y a pas lieu

71. Ass. plén. 16 mars 1990, S.A. nimoise de tauromachie et de spectacles c. Mme Bodrero Sereu.

72. Soc. 12 décembre 1990, Guegan et autre c. Sté Clause, *R.J.S.* 2/91, n° 157.

73. Soc. 12 décembre 1990, Sté TFE Eurotransit International c. Belotti et autres, *R.J.S.* 2/91, n° 158.

d'appliquer l'article L. 122-12 les chauffeurs ayant été appelés à assurer le transport d'un grand nombre de produits et non pas seulement ceux fabriqués par la société Herta. « Transférée une fois, l'entité a perdu son identité dans la masse des activités du second exploitant et ne peut donc être transférée à un troisième⁷⁴. » Un changement d'affectation des salariés paralyse la mise en œuvre du texte.

Les éléments indifférents

Le nombre de salariés

Dans l'affaire Guégan⁷⁵ seuls trois salariés étaient affectés à l'activité de menuiserie. L'adjudicataire auquel était transmis l'ensemble des activités de menuiserie dans tous les établissements du client soutenait que ce petit nombre de salariés ne suffisait pas à constituer une entreprise d'autant que les conditions de travail étaient modifiées. La Cour de cassation est d'un avis contraire, ainsi l'entité révélée par la jurisprudence pourrait n'utiliser les services que d'un seul salarié⁷⁶, l'interprétation est singulièrement extensive.

L'importance de l'activité

Ce n'est qu'à de très rares occasions⁷⁷ que l'importance de l'activité a été prise en compte. La continuité de l'activité a été admise lorsque le nouvel employeur ne reprenait qu'une partie des activités de son prédécesseur. Mais cette solution a été maintes fois condamnée comme encourageant des abus, ainsi un arrêt a considéré que deux mariniers, employés sur une péniche, relevaient de l'article L. 122-12 lorsque cette péniche changeait d'exploitant⁷⁸.

À partir du moment où les tribunaux distinguèrent les activités principales de l'entreprise et les activités périphériques, l'application du texte fut réservée aux premières (*cf. supra*). Ce clivage étant aujourd'hui condamné il n'y a plus lieu de prendre en considération l'importance de l'activité.

74. J. DEPRez, « Un nouveau bilan sur l'article L. 122-12, al. 2 du Code du travail », *R.J.S.* 2/91, p. 83.

75. Soc. 12 décembre 1990, *loc. cit.*

76. À titre d'exemple voy. l'affaire Société nîmoise de tauromachie et de spectacles.

77. Soc. 12 juin 1981, Solitaire c. Arrighi, *Bull.* V, n° 481 ; Soc. 18 mars 1982, Hudelist c. Blot, *Bull.* V, n° 183.

78. Soc. 19 mai 1976, *Bull.* V, n° 291, p. 238.

La modification des modalités d'exploitation

Par le passé une distinction fut tracée par la Cour de cassation, selon que la modification constatée était de détail ou bien au contraire altérait profondément les conditions de fonctionnement au point de faire perdre à l'entreprise son identité. Dans une espèce où un syndicat intercommunal pour le traitement des ordures ménagères avait confié la destruction des déchets urbains à une première société dont l'usine fonctionnait par pyrolyse et produisait de la vapeur d'eau à usage industriel puis, après résiliation de ce contrat, avait eu recours à une autre société dont l'usine d'incinération produisait de l'eau chaude pour le chauffage urbain, la Cour de cassation reprocha à la Cour d'appel d'avoir admis la poursuite des contrats en cours « sans rechercher, si en raison des différences existant entre ces sociétés notamment en égard aux procédés techniques utilisés, il y avait eu continuation de la même entreprise et si les mêmes emplois avaient été maintenus⁷⁹ ».

Une même solution se retrouve dans une affaire où la Régie Renault qui avait mis en place dans l'une de ses usines de nouvelles installations de chauffage en grande partie automatisées avait décidé d'en assurer elle-même la surveillance et par voie de conséquence de ne pas reprendre les salariés de l'entreprise qui jusqu'alors assurait cette mission⁸⁰.

Si les modifications intervenues dans les procédés de fabrication ou de distribution laissaient subsister les emplois l'article L. 122-12 trouvait à s'appliquer⁸¹.

De même, selon la Cour de Justice des communautés, le fait que l'exploitation de l'affaire se poursuive d'une manière différente ne dresse pas obstacle au transfert des contrats en cours, ainsi est-il précisé dans l'arrêt *Spijkers* que « des méthodes nouvelles, des machines nouvelles, une clientèle différente sont, certes, des facteurs pertinents, mais aucun d'entre eux ne fait obstacle par lui-même à la réalité d'un transfert d'entreprise ou d'établissement⁸² ».

La chambre sociale a récemment paru remettre en cause la distinction précédemment tracée. En l'espèce un domaine agricole de 180 hectares

79. Soc. 18 octobre 1983, *D.* 1984, I.R., 358, obs. Ph. Langlois.

80. Soc. 23 mai 1984, *Cie générale de chauffe c. Tchatai, Régie Renault*, *Bull.* V, n° 221, p. 167 ; sur ces deux arrêts voy. H. BLAISE, « Actualisation d'un camaïeu juridique : l'article L. 122-12 du Code du travail », *Dr. soc.*, mars 1985, p. 161.

81. Voy. par exemple Soc. 10 décembre 1981, *ACDSSCOR c. Salamanca*, *Bull.* V, n° 957, pour un chantier de gardiennage. La Cour constatait que « les postes de gardiens subsistaient même si la première était plus exigeante dans le choix du personnel ou employait des méthodes un peu différentes ».

82. C.J.C.E., 18 mars 1986, *Spijkers* aff. n° 24/85, *Rec.* p. 1122.

avait été dispersé entre plusieurs acquéreurs ; la station-élevage avec ses bâtiments d'exploitation et cinq hectares de terre avait été acquise par une société civile immobilière qui avait confié sa gestion à une société d'intérêt collectif agricole. Celle-ci refusa d'employer un mécanicien qui était au service des anciens propriétaires du domaine. La Cour d'appel ayant condamné la Sica, le pourvoi invoquait la suspension d'activité pendant six mois ainsi qu'une modification des conditions d'exploitation. La Cour de cassation énonce que « la circonstance que le cessionnaire modifie les conditions d'exploitation ne peut faire échec à l'application des dispositions de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail⁸³ ». Cet arrêt est d'interprétation délicate, d'autant qu'il n'est pas précisé que ce salarié était spécialement affecté à la station-élevage. À suivre la doctrine dominante⁸⁴ il ne paraît pas que la chambre sociale ait entendu abandonner la distinction ancienne et élargir l'application du texte à toutes les hypothèses de modification des conditions d'exploitation. Toutefois selon M. le Professeur Blaise, la jurisprudence « paraît s'orienter vers une notion large de la continuité de l'entreprise, laquelle pourrait être admise malgré d'importantes modifications structurelles ou technologiques⁸⁵ ».

L'interruption de l'activité

Lorsqu'un entrepreneur cesse son activité et que celle-ci n'est pas reprise par un nouvel exploitant, les emplois disparaissent définitivement, par contre si l'interruption n'est que temporaire l'article L. 122-12 est d'application, de même que la directive européenne.

La Cour de Luxembourg a jugé, à plusieurs reprises, que la fermeture temporaire de l'entreprise n'est pas de nature à exclure l'applicabilité de la directive⁸⁶. Il en va ainsi au cas de réorganisation de l'entreprise (arrêt *Spijkers*), d'activités saisonnières (arrêt *Ny Mille Kro*) ou de fermeture correspondant à des fêtes (*P. Bork International*). Il suffit que l'exploitation demeure possible à l'avenir.

Dans une espèce où un hôtel avait été fermé pendant près de 7 mois, le temps de sa réhabilitation, la chambre sociale a admis le transfert de l'entité

83. Soc. 10 octobre 1990, *SICA Centre Sud Élevage c. Chastenet et autre*, *R.J.S.* 2/91, n° 159.

84. H. BLAISE, « L'article L. 122-12 après la tourmente : vers la stabilisation de la jurisprudence ? », *Dr. soc.*, mars 1991, p. 246 ; J. DEPREZ, « Un nouveau bilan sur l'article L. 122-12, al. 2 du Code du travail », *R.J.S.* 2/91, p. 71.

85. H. BLAISE, *loc. cit.*, p. 248.

86. C.J.C.E., 17 décembre 1987, *Landsorganisationen i Danmark for Tjernerforbundet i Danmark c. Ny Mille Kro*, aff. n° 287/86 ; C.J.C.E., 15 juin 1988, *P. Bork international A/S et autres c. Foreningen al Arbejdslere i Danmark*, aff. N° 101/87.

économique⁸⁷. Il faut toutefois noter que les parties avaient, dès le début des travaux, entendu maintenir l'affectation de l'immeuble et simplement suspendre l'activité.

On peut penser qu'une longue interruption qui ne serait précédée d'aucun accord s'accompagnera du licenciement de tous les salariés faisant ainsi obstacle à l'application de l'article L. 122-12.

Entre ces deux extrémités, toutes les interprétations sont autorisées, la plupart du temps l'interruption est relativement courte, de l'ordre de quelques semaines, le temps de procéder à la reprise de l'activité.

1.3 Un aperçu comparatif

Les droits européens sont les plus intéressants à examiner dans la mesure où ils permettent de mesurer la force d'attraction de la directive du 14 février 1977 organisant le maintien des contrats de travail lors d'une cession d'entreprise. Les droits d'autres pays ne doivent cependant pas être délaissés, les mêmes discussions se rencontrant partout de par le monde mais les solutions dégagées n'étant pas nécessairement identiques le droit français pourrait utilement s'inspirer de certaines interprétations ou définitions proposées par quelques Cours suprêmes.

1.3.1 Les droits européens

1.3.1.1 Le droit belge

Pendant longtemps, en l'absence de normes spécifiques réglant la question, force fut de recourir aux principes combinés du droit des obligations et du droit du travail. Le principe de l'effet relatif des conventions contenu dans l'article 1165 du Code civil entravait la cession des contrats de travail au nouvel employeur. Si le transfert des créances s'opérait aisément, en application de l'article 1690 du Code civil, il en allait différemment des dettes qui demeuraient immobilisées dans le patrimoine du premier employeur. Les techniques les plus éprouvées, la novation, la délégation imparfaite, la stipulation pour autrui, se sont révélées impuissantes à instituer le cessionnaire successeur du cédant sans l'intervention du salarié⁸⁸. Un arrêt de la Cour de cassation du 6 juin 1978⁸⁹ jeta le trouble parmi la

87. Soc. 27 juin 1990, *Joly et autres c. Sté Holiday Inn et autres*, *Bull.* V, n° 318, p. 189.

88. L. FRANÇOIS, « Transformation d'entreprise et cession annexe de personnel », *Annales Faculté de droit de Liège*, 1964, p. 421.

89. Pas. 1973, I, p. 923.

doctrine civiliste. Selon certains auteurs⁹⁰ cette décision s'inscrirait dans la droite ligne de la jurisprudence antérieure en reconnaissant au cédant la faculté de faire exécuter par le cessionnaire l'obligation qui consiste à fournir du travail au salarié. Pour d'autres auteurs⁹¹ elle opérerait une véritable révolution en autorisant le cédant à transférer sa dette au nouvel employeur.

Le principe du maintien des contrats de travail consacré par la directive communautaire de 1977 a été traduit, en droit belge, dans la convention collective n° 32 du 28 février 1978, aujourd'hui abrogée et remplacée par la convention collective n° 32 bis du 7 juin 1985. Selon les termes de l'article 6 ce texte s'applique à « tout changement d'employeur résultant d'un transfert conventionnel d'entreprise ou d'une partie d'entreprise ». Le champ d'application est étroit, il reproduit celui apparemment décrit par la directive européenne en limitant la poursuite des contrats en cours aux seuls transferts qui trouvent leur origine dans une convention.

Est exclue la reprise d'actif d'une entreprise déclarée en faillite ou mise sous concordat judiciaire par abandon d'actif⁹². À notre connaissance les tribunaux belges n'ont pas eu à connaître de l'hypothèse d'un changement de prestataires de services sur un même marché, de sorte que la délimitation du champ d'application est encore susceptible de variations.

1.3.1.2 Le droit allemand

En Allemagne le législateur n'est que tardivement intervenu. Au cours d'une première période quelques textes épars avaient cependant permis le transfert des contrats de travail dans une série d'hypothèses, dites *Gesamtrechtsnachfolgen*, qui, telles la succession, la fusion ou encore le changement de forme de société, supposaient le transfert de l'ensemble d'un patrimoine.

Les auteurs étaient partagés. Nombreux étaient ceux qui déclaraient le maintien des relations de travail simplement possible, la cession du

90. M. TAQUET et C. WANTIEZ, « Transfert d'entreprise et cession de dettes », *J.T.T.*, 1983, p. 111.

91. M. JAMOULLE, « Examen de jurisprudence (1968-1974), Contrat de travail et contrat d'emploi », *Rev. crit. jur. belge*, 1975, p. 322, n° 54 ; R.C. GOFFIN, « La protection des travailleurs en cas de changement d'employeur du fait d'un transfert conventionnel d'entreprise », *J.T.T.*, 1979, p. 78.

92. Voy. M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, T. II, Faculté de droit de Liège, 1986 ; V. BERTRAND, *Transfert des contrats de travail et cession d'entreprise. La directive européenne et les droits belges, français et allemand*, collection droit social, éditions Bruylant, 1988 ; V. BERTRAND et C. CAPRASSE, « Contrat de travail, cession d'entreprise et faillite », *J.T.T.*, 1986, pp. 317 à 326 et 337 à 339.

contrat de travail serait subordonnée à l'acceptation des parties, fût-ce tacite, le salarié en poursuivant son activité sans contestation et le cessionnaire en ne s'y opposant pas⁹³.

Une autre école dirigée par Nikisch prônait une poursuite obligatoire des relations contractuelles, le cédant ne pouvait licencier le salarié que s'il établissait que l'acheteur avait subordonné son consentement à cette condition et que l'emploi avait disparu de la nouvelle organisation⁹⁴. À deux reprises le *Bundesarbeitsgericht* a écarté la règle du transfert automatique et obligatoire des contrats de travail au cessionnaire, en portant l'accent sur le rapport de confiance qu'implique la relation de travail⁹⁵. Le 19 janvier 1972, le législateur a tranché cette controverse en ajoutant au paragraphe 613 du BGB un nouvel alinéa aux termes duquel « lorsqu'une exploitation ou une partie d'exploitation est transférée à un autre chef d'entreprise par un acte juridique, ce chef d'entreprise reprend les droits et les obligations qui résultent des relations de travail existantes. Le cédant est responsable solidairement aux côtés du cessionnaire des dettes visées au paragraphe premier dans la mesure où celles-ci sont nées avant le transfert et devenues exigibles avant l'expiration d'un délai d'un an suivant la date du transfert. Pour les obligations devenues exigibles après la date du transfert, l'employeur est seulement tenu pour une part proportionnelle à la période antérieure à la cession. » Il a été à maintes reprises démontré que ce texte n'était pas dicté par la volonté d'assurer aux salariés la stabilité de leur emploi mais plutôt par celle de trancher les problèmes de partage de responsabilité entre les employeurs successifs. Quant à la définition de la sphère d'application on a assisté à une dilution de la notion d'entreprise. Contrairement à la définition qui, à l'époque, était retenue par les tribunaux français celle consacrée par la jurisprudence allemande unit l'activité exercée et la structure organisationnelle. Par entreprise il faut entendre « l'unité organisée, à l'intérieur de laquelle un employeur, seul ou avec la collaboration de salariés, poursuit avec des moyens matériels ou immatériels, des objectifs techniques de production déterminés qui ne visent pas seulement à satisfaire un besoin propre ».

Le cessionnaire doit exercer une activité identique à celle du cédant avec les biens matériels ou immatériels constituant la structure de l'entreprise. Toutefois il n'est pas nécessaire que l'ensemble des biens se retrouvent chez le nouvel employeur, le *Bundesarbeitsgericht* se contente de la reprise des biens qui présentent un caractère essentiel pour l'exploita-

93. A. HUECK et H.C. NIPPERDEY, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, T.I, 7^e éd., H. Seiter, A.R.-Blattei, T. IX, *Betriebsinhaberwechsel*, 1980.

94. A. NIKISCH, *Arbeitsrecht*, 3^e éd., 1961.

95. BAG, 18 février 1960, BB, 1960, p. 592 ; BAG, 29 novembre 1962, BB, 1963, p. 311.

tion⁹⁶. Par ailleurs les employeurs successifs peuvent ne pas être unis par un lien de droit direct dès lors que le contrat n'a pas pour objet de transférer la propriété, ainsi en va-t-il du contrat de bail, l'usufruit et de la *Verpachtung*.

L'interruption de l'activité dresse obstacle à l'application du texte à moins qu'elle ne soit extrêmement brève. Une interruption de 15 jours suffit à paralyser le jeu du paragraphe 613 a du BGB.

Contrairement aux autres droits européens le droit allemand n'a pas subi l'influence de la directive communautaire pour la raison fort simple que celle-ci n'est que le décalque de celui-là.

Toutefois les quelques inadaptations ont été corrigées par la loi du 13 août 1980 qui s'intéresse à titre prioritaire à la conservation des avantages découlant de la convention collective applicable à l'entreprise cédante ainsi qu'à l'interdiction de licenciement. S'agissant de la sphère d'application aucune modification n'est apportée.

1.3.2 Le droit québécois

Ce choix n'est pas le produit du hasard, il est dicté par le fait que la Cour suprême du Canada a eu récemment à connaître de questions fort voisines de celles portées à la connaissance de la Cour de cassation française.

L'article 45 du *Code du travail*⁹⁷ dispose que « l'aliénation ou la concession totale ou partielle de l'entreprise [...] n'invalide aucune accréditation [...], aucune convention collective » et que « sans égard à la division, à la fusion ou au changement de structure juridique de l'entreprise, le nouvel employeur est lié par l'accréditation ou la convention collective comme s'il y était nommé ». Cet article a un domaine plus étroit que l'article L. 122-12 dans la mesure où il ne concerne que l'applicabilité des conventions collectives et non la poursuite des contrats en cours. Ce sont toutefois les mêmes débats qui se rencontrent en jurisprudence. Dans un arrêt du 22 décembre 1988 rendu dans l'affaire de la *Commission scolaire régionale de l'Outaouais (C.S.R.O.)* la Cour suprême du Canada examine deux des questions les plus controversées : la définition de l'entreprise et la nécessité d'un lien de droit entre les employeurs successifs⁹⁸. Elle écarte la

96. LAG Hambourg, 26 novembre 1984, BB, 1985, p. 1667 ; BAG, 15 mai 1985, p. 1794.

97. *Code du travail*, L.R.Q., c. C-27, art. 45. L'introduction dans le droit positif de l'article 45 remonte à l'entrée en vigueur, le 10 juin 1961, de l'article 10a de la *Loi des relations ouvrières*, S.R.Q. 1941, c. 162 A ; voir A. BARRÉ, « La sous-traitance et l'article 45 du *Code du travail*, après l'affaire C.S.R.O. », (1991) 32 *C. de D.* 179.

98. *Union des employés de service, local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048.

conception fonctionnelle de l'entreprise au profit de la conception organique développée par le juge Lesage dans l'affaire *Mode Amazone*⁹⁹, « l'entreprise consiste en un ensemble organisé suffisant des moyens qui permettent substantiellement la poursuite en tout ou en partie d'activités précises. Ces moyens, selon les circonstances, peuvent parfois être limités à des éléments juridiques ou techniques ou matériels ou incorporels » ; par ailleurs elle pose l'exigence d'un lien de droit entre l'employeur précédent et le nouvel employeur. En dépit de ces précisions cet arrêt a soulevé nombre d'interrogations. La discussion ne se développe pas dans les termes qu'en France nous avons pour habitude de rencontrer, c'est le concept de sous-traitance qui fait office de vecteur principal. La sous-traitance est dite simple lorsque le donneur d'ouvrage, auprès de qui un syndicat est accrédité, octroie en sous-traitance l'exploitation d'une partie, voire de la totalité, de l'entreprise qu'il exploitait jusque-là avec ses propres salariés. Elle est successive lorsque le donneur d'ouvrage, suite à un appel d'offres, concède, à nouveau en sous-traitance, la partie de son entreprise qui a fait l'objet d'une première concession.

À chacune de ces deux formes correspond l'une des conditions d'application de l'article 45 du *Code du travail*.

1.3.2.1 La sous-traitance simple : la vérification de la continuité de l'entreprise

Jusqu'à l'arrêt *C.S.R.O.* deux courants se sont affrontés. Un premier courant jurisprudentiel favorisait une conception fonctionnelle de l'entreprise et retenait la similitude des tâches et des fonctions exécutées par les salariés. Un second courant consacrait la conception organique de l'entreprise en prenant en compte les moyens d'exploitation.

L'arrêt du 22 décembre 1988 a paru mettre un terme à la controverse en privilégiant la conception organique. La réalité est plus mouvante, deux situations doivent être envisagées selon que le sous-traitant exécute les travaux concédés dans les locaux du donneur d'ouvrage (ou sur un territoire relevant de sa compétence) ou, au contraire, dans son propre établissement.

L'activité du sous-traitant intégrée dans l'entreprise du donneur d'ouvrage : le transfert du droit d'exploitation

Le sous-traitant peut fournir un service dans les locaux mêmes du donneur d'ouvrage (entretien — gardiennage...) ou dans un territoire placé

99. *Mode Amazone c. Comité conjoint de Montréal de l'Union internationale des ouvriers du vêtement pour dames*, [1983] T.T. 227, 231.

sous l'autorité de celui-ci (enlèvement d'ordures ménagères — déneigement...). Les tribunaux, dans les décisions les plus récentes¹⁰⁰, limitent l'entreprise au droit d'exploitation octroyé par le donneur d'ouvrage au sous-traitant ; il importe peu que les éléments d'actif nécessaires à la poursuite de l'exploitation n'aient pas été, dans le même temps, transférés. Le critère retenu conduit à des résultats fort voisins de ceux produits par la conception fonctionnelle de l'entreprise.

*L'activité du sous-traitant extérieure à l'entreprise
du donneur d'ouvrage : la conception organique de l'entreprise*

Lorsque le sous-traitant exerce l'activité qui lui est concédée dans ses propres locaux, la seule identité des tâches et des fonctions assumées ne suffit pas à permettre l'application de l'article 45 du *Code du travail*. La concession d'entreprise implique le transfert des moyens permettant la production des biens et services objet du contrat¹⁰¹.

1.3.2.2 La sous-traitance successive : le lien de droit

Lorsque deux sous-traitants se succèdent sur un même marché, l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *C.S.R.O.* paraît condamner l'article 45 en posant la nécessité d'un lien de droit entre les employeurs successifs¹⁰².

Toutefois la portée de cette décision a été ultérieurement rétrécie dans la mesure où il importe de distinguer le cas où le syndicat a été accrédité auprès du sous-traitant précédant et celui où il a été accrédité à l'origine, directement auprès du donneur d'ouvrage.

100. *Vitriers — Travailleurs du verre, local 1135 de la Fraternité internationale des peintres et métiers connexes* c. *Vetroform*, [1990] T.T. 514; *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 2915* c. *Service d'entretien C.D.J. Inc.*, (1990) C.T. 28; *Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 2995* (F.T.Q.-C.T.C.) c. *Industries James MacLaren, Groupe Maniwaki*, [1990] T.T. 469.

101. *Syndicat des travailleurs de l'énergie et de la chimie, section locale 140* (F.T.Q.) c. *Atelier industriel Saint Jean Inc.*, [1990] T.T. 117, 129; *Syndicat national des travailleurs et travailleuses de l'automobile, de l'aérospatiale et de l'outillage agricole du Canada* (T.C.A. Canada) c. *Fabrication Bricofil Inc.*, [1990] T.T. 294; *Aliments Vermont Foods Inc.* c. *Yergeau*, D.T.E. 90T-224 (C.S.).

102. Voir G. NADEAU, « La transmission d'entreprise et les rapports collectifs de travail », *Le marché du travail*, vol. 10, n° 11, p. 74 ; R. ADAM, « La transmission d'entreprise en droit du travail québécois », dans *Congrès annuel du Barreau du Québec*, Montréal, Service de la formation permanente, 1990.

Le syndicat accrédité auprès du sous-traitant : l'exigence d'un lien de droit entre les employeurs successifs

Le lien de droit requis doit porter sur les éléments essentiels de l'entreprise. Un transfert qui n'aurait trait qu'aux éléments secondaires interdirait la mise en œuvre de l'article 45. Deux exemples illustrent le propos.

La municipalité de Shawinigan avait conclu avec Service sanitaire de la Mauricie un contrat visant à l'enlèvement d'ordures ménagères. À l'échéance le contrat n'avait pas été renouvelé, la soumission du concessionnaire étant de 30 % supérieure à celle du plus bas soumissionnaire. Obtint le marché une nouvelle entreprise, Service sanitaire de Shawinigan, dont le principal actionnaire détenait 31 % des actions de Service sanitaire de la Mauricie. Outre cette base financière commune le premier sous-traitant vendit deux camions à son successeur et lui loua un local servant de garage d'entretien ainsi que le matériel et l'outillage. Le syndicat accrédité pour représenter les salariés du premier sous-traitant présenta une requête afin de voir déclarer que les deux sous-traitants successifs constituaient un seul et même employeur. Le Tribunal du travail rejeta cette requête au motif que les deux compagnies « fonctionnaient de façon différente et n'étaient pas intégrées¹⁰³ ». À propos des transactions intervenues entre eux le Tribunal remarqua qu'elles n'avaient pas porté sur l'entreprise ou une partie de celle-ci, les camions et le garage n'étant pas des éléments essentiels de l'entreprise, tout au plus s'agissait-il d'actifs que le nouveau sous-traitant aurait pu par ailleurs se procurer.

Dans une autre affaire, le gouvernement du Québec, propriétaire du Manoir Richelieu, l'avait vendu à M. Raymond Malenfant après l'avoir donné en location-gérance à la Famille Dufour. Alors même que la Famille Dufour avait cédé à l'acquéreur la liste des réservations pour l'année suivante pour la somme de dix mille dollars la Cour supérieure décida qu'il s'agissait là d'un « élément mineur et plutôt négligeable qui n'était pas essentiel à la continuité de l'entreprise¹⁰⁴ ».

Le syndicat accrédité auprès du donneur d'ouvrage

Appliquer à cette hypothèse la jurisprudence *C.S.R.O.* conduirait à porter atteinte à la stabilité des rapports collectifs de travail, c'est la raison pour laquelle la doctrine considère que ce problème doit être traité comme un cas de sous-traitance simple.

103. *Syndicat des employés de commerce et des services de Shawinigan c. Service sanitaire de la Mauricie Inc.*, [1989] T.T. 491.

104. *Syndicat des travailleurs du Manoir Richelieu (C.S.N.) c. Caron*, [1990] T.T. 49.

2. Les effets de l'article L. 122-12, al. 2 du Code du travail

Ces effets sont trop connus pour longuement s'y attarder. Seules les tendances les plus récentes seront ici exposées. Les arrêts rendus par la Cour de cassation depuis le début de l'année 1990 font apparaître deux mouvements pour partie contradictoires. Les salariés victimes d'un licenciement avant que ne soit opéré le transfert sont mieux protégés alors que ceux dont le contrat est maintenu risquent d'assister impuissants à la dégradation de leur statut.

2.1 Les droits des salariés privés d'emploi : le renforcement du caractère d'ordre public de l'article L. 122-12 au cas de rupture de l'union contractuelle

Le principe du maintien des contrats en cas de changement dans la personne de l'employeur ne vaut que pour les contrats en cours à l'époque du changement. Avant que cette modification n'intervienne l'employeur d'origine conserve la possibilité de licencier les salariés, que ce licenciement soit justifié par le comportement du salarié ou par des considérations économiques. Cette liberté laissée à l'employeur de rompre la relation contractuelle ne doit cependant pas gravement compromettre les intérêts des salariés et sacrifier la protection qui leur est conférée par l'article L. 122-12. Un critère doit être recherché qui permette de trouver un équilibre entre la protection des intérêts légitimes de l'employeur et celle des salariés. Cet équilibre est souvent précaire et imparfait. La jurisprudence la plus récente paraît privilégier les droits des salariés en restreignant les possibilités de licenciement offertes au chef d'entreprise mais aussi en renforçant les sanctions encourues par ce dernier au cas où l'article L. 122-12 serait détourné.

2.1.1 Le rétrécissement des possibilités de rupture avant le transfert de l'activité

Ce phénomène n'est pas récent, les prémisses sont apparues dès 1974. Au cours d'une première période, la théorie de la fraude à la loi avait permis à la jurisprudence d'atteindre certains des licenciements prononcés par l'employeur d'origine. Le salarié victime du licenciement devait produire la preuve que le cédant, de concert ou non avec le cessionnaire, entendait le priver du bénéfice des dispositions légales. Deux arrêts rendus par la Cour de cassation en 1974¹⁰⁵ ont paru pencher pour l'illicéité des licenciements,

105. Soc. 4 janvier 1974 et Soc. 31 janvier 1974, *J.C.P.* 1974, II, 17878, note C. Lazerges ; *Dr. soc.*, 1974, p. 472, obs. J. Savatier ; *Dr. ouvrier*, 1974, p. 169 ; J.J. DUPEYROUX, *Le Monde*, 21 janvier 1974 ; N. CATALA, *Juris-classeur*, Travail, fasc. 30-6.

même indépendamment de toute intention malicieuse ou frauduleuse, ce qui revenait à priver l'employeur de son droit de résiliation unilatérale.

Mais il est rapidement apparu que ces décisions n'opéraient pas le bouleversement qu'on avait cru parfois déceler. Certes la jurisprudence abandonnait la théorie de la fraude pour celle de la violation de la loi, mais cela ne signifiait nullement que toute faculté de rupture était désormais prohibée. Les salariés n'avaient plus à prouver l'intention malicieuse de l'employeur, l'effet de fraude était désormais suffisant à rendre illicite le licenciement. La Cour de cassation prenait désormais en considération l'effet obtenu et non plus le but poursuivi¹⁰⁶.

Ultérieurement, et ce particulièrement dans le cadre des procédures collectives, la Cour de cassation est revenue à une solution « qu'elle n'avait peut-être qu'apparemment abandonnée en 1974¹⁰⁷ ». Les contraintes économiques autoriseraient l'employeur à réorganiser son entreprise et à licencier de ce fait une partie du personnel, le but n'étant pas d'éluder la loi ou de priver le salarié de son poste mais tout au contraire de sauver l'emploi du plus grand nombre.

Cette solution n'est pas imposée par le cadre à l'intérieur duquel elle est le plus souvent rendue; certes la Cour de Justice a-t-elle jugé, dans l'arrêt Abels¹⁰⁸, que la directive 77/187 ne s'applique pas lorsque le transfert d'entreprise ou d'établissement intervient dans le cadre d'une procédure de faillite visant à la liquidation des biens du cédant, mais les États membres sont libres d'appliquer de façon autonome, en tout ou en partie, les principes de cette directive sur la base de leur droit national : « Chaque État membre de la Communauté a donc la possibilité soit d'interdire soit d'autoriser des licenciements pour préparer une restructuration dans le cadre d'une procédure de faillite¹⁰⁹. »

La loi française du 25 janvier 1985, relative au redressement des entreprises, se contente de donner la possibilité de procéder à des licenciements pour motif économique selon une procédure dérogatoire au droit commun mais elle n'est pas une atteinte portée à l'article L. 122-12. Les difficultés rencontrées par l'entreprise et l'engagement de la procédure de redressement ne suffisent pas à valider tous les licenciements préventifs.

106. J. MOULY, « Les licenciements antérieurs au transfert de l'entreprise », *Dr. soc.*, décembre 1982, p. 735 ; J. DEPREZ, *Cessions d'entreprises et situations assimilées*, éd. Francis Lefebvre, décembre 1984, p. 51 et suiv.

107. J. DEPREZ, *op. cit.*, p. 60.

108. Arrêt Abels, n° 135/83, 7 février 1985, *Rec. C.J.C.E.* 1985, 469, concl. Gordon Slynne.

109. J. PELISSIER, « Les restructurations d'entreprises et leurs effets sur l'emploi », *Rev. int. dr. comp.*, 1990, n° 1, p. 158.

Les critères qu'il y a lieu, dans ce contexte, de respecter ne sont pas différents de ceux qui, par ailleurs, se rencontrent. Quant à ces derniers on est en droit de se demander si l'élimination d'un lien direct entre les employeurs successifs et la référence à l'entité économique autonome qui conserve son identité n'ont pas eu pour effet de renforcer la protection des salariés. Il apparaît que les décisions rendues en dernier lieu conduisent à cette conclusion, même si la position de la chambre sociale n'est pas toujours fermement établie.

2.1.1.1 La réorganisation de l'entreprise projetée par le futur exploitant : la suppression de poste impuissante à justifier le licenciement

Depuis 1979 il était admis que le concédant pouvait opérer des licenciements à titre préventif, à la demande du cessionnaire qui souhaitait réorganiser l'entreprise. Dans un arrêt du 8 juin 1979¹¹⁰ la chambre sociale décidait que « sauf fraude non alléguée à l'ordre des licenciements, l'article L. 122-12 al. 2 ne fait pas nécessairement obstacle à ce que, avant même que le changement de chef d'entreprise ne soit devenu effectif, le salarié soit licencié compte tenu de la réorganisation à laquelle le futur exploitant a d'ores et déjà décidé de procéder ».

Dès lors, la Cour d'appel devait rechercher si la fermeture d'un dépôt de bière, envisagée par le cessionnaire, entraînant la compression nécessaire du personnel administratif et une suppression de poste, ne constituait pas un motif réel et sérieux de congédiement. De la même façon, la chambre sociale, dans un arrêt du 18 mars 1982¹¹¹, censura une Cour d'appel pour avoir condamné l'exploitant d'un fonds à verser à une serveuse des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse alors que le repreneur avait manifesté l'intention d'exploiter par lui-même le fonds. Certes cette jurisprudence ne permettait que le licenciement des seuls salariés dont la suppression de l'emploi était programmée et non les licenciements systématiques de l'ensemble du personnel mais les critiques demeuraient nombreuses dans la mesure où elle validait des pratiques visant à éluder, par accord préalable, le jeu de l'article L. 122-12. On doutait par ailleurs que des intérêts privés soient de nature à permettre l'abandon d'une règle étatique impérative.

110. Soc. 8 juin 1979, S.A. Marseillaise de distribution des bières Kronenbourg c. Dame Talux, *D.* 1980, I.R., 44 ; *Bull. civ.* V, n° 502, p. 370 ; voy. J. MOULY, « Les licenciements antérieurs au transfert de l'entreprise », *Dr. soc.*, décembre 1982, p. 740.

111. Soc. 18 mars 1982, Dubrulle c. Cullati, *D.* 1983, I.R., 168, obs. J. Pelissier ; voy. aussi Soc. 22 juin 1983, *Bull. soc. Fr. Lefebvre*, 8-9/83, inf. 737.

Dans une espèce voisine de celle qui avait permis l'éclosion de sa jurisprudence la chambre sociale a récemment paru y renoncer. À l'occasion de la vente d'un fonds de commerce de pressing le cédant avait licencié une salariée à la demande de l'acquéreur qui souhaitait exploiter seul le fonds. La Cour d'appel avait débouté la salariée de sa demande en dommages-intérêts pour rupture abusive de son contrat, respectant en cela la jurisprudence qui, depuis 1979, s'était développée. La Cour de cassation, par un arrêt du 17 juillet 1990¹¹², censure cette décision au motif que « l'intention manifestée par le cessionnaire de poursuivre seul l'exploitation ne saurait constituer pour le cédant une cause légitime de rupture du contrat de travail d'un salarié employé dans l'entreprise transférée ». Cet arrêt rappelant que « les dispositions de l'article L. 122-12 ne font pas obstacle à des licenciements pouvant intervenir antérieurement à la cession pour des raisons économiques ou techniques impliquant une suppression d'emploi » et dans l'espèce considérée l'emploi salarié ayant été effectivement supprimé pour être remplacé par l'activité d'un travailleur indépendant, l'interprétation s'avère délicate. L'article L. 122-12 s'oppose-t-il désormais aux licenciements préventifs qui seraient justifiés par la suppression des emplois correspondants ? À vrai dire la réponse est d'une portée limitée, à supposer que les contrats se poursuivent avec le nouvel employeur il est à craindre que celui-ci ne licencie rapidement les salariés dont les emplois seront supprimés, avec, seule différence d'avec la jurisprudence ancienne, l'obligation pour le cessionnaire de supporter la charge des licenciements.

Cette jurisprudence, si elle est de nature à renforcer le caractère d'ordre public de l'article L. 122-12, présente l'inconvénient de rendre plus difficile la cession des petites entreprises, les cessionnaires étant peu enclins à supporter la charge financière que représentent les licenciements.

2.1.1.2 La suspension temporaire d'activité : la reprise d'une entité économique autonome ayant conservé son identité

L'interruption de l'activité s'accompagne du licenciement de tous les salariés, dressant ainsi obstacle à la mise en œuvre de l'article L. 122-12. Toutefois, lorsque l'interruption n'est que temporaire et l'exploitation reprise, le refus de reprendre les salariés est de nature à permettre le prononcé de sanctions, solution d'autant plus certaine que la reprise intervient pendant le cours du préavis.

112. Soc. 17 juillet 1990, Mme Azem c. Mme Bede, *R.J.S.* 8-9/90, n° 650. Voy. H. BLAISE, « L'article L. 122-12 après la tourmente : vers la stabilisation de la jurisprudence ? », *Dr. soc.*, mars 1991, p. 249.

La reprise tardive : les hésitations de la Cour de cassation

Trois décisions récentes illustrent le propos.

Dans une première espèce la société Serfo déclarée en règlement judiciaire, par la suite convertie en liquidation des biens, avait procédé le 15 mai 1984 au licenciement de l'ensemble du personnel avec préavis de deux mois.

Elle cessait toute activité le 20 juillet 1984 et le 15 septembre suivant la société Isoroy reprenait l'activité abandonnée et engageait cent vingt des anciens salariés de la société Serfo. Dans un arrêt du 21 février 1990¹¹³, la Cour de cassation approuve la Cour d'appel de Poitiers d'avoir débouté trois salariés de leur demande de réintégration et à défaut de dommages-intérêts pour licenciement abusif au motif que « l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail n'est applicable qu'aux contrats en cours au moment où survient la modification dans la situation juridique de l'employeur, et que les salariés licenciés antérieurement à cette modification ne peuvent se prévaloir des dispositions dudit article que s'il est démontré que l'opération de reprise a eu pour but ou pour effet de faire fraude à leurs droits ».

Par contre dans un arrêt du 21 mars 1990¹¹⁴, la chambre sociale affirme que malgré l'interruption d'activité de plusieurs mois l'article L. 122-12 doit s'appliquer dès lors que la société, à qui ont été cédés les actifs de la première société, a exercé dans les mêmes locaux, avec la même clientèle une activité analogue et a maintenu les mêmes conditions de travail aux salariés qu'elle a réembauchés. Dans une espèce où un hôtel avait été fermé pendant près de sept mois, le temps de sa réhabilitation, la chambre sociale a admis le transfert de l'entité économique¹¹⁵, mais les parties avaient, dès le début des travaux, entendu maintenir l'affectation de l'immeuble et simplement suspendre l'activité.

Ces arrêts témoignent d'une évolution, à moins qu'il ne s'agisse d'un débat ouvert au sein de la Cour de cassation relativement aux critères de validité des licenciements avant transfert.

Au vu de l'arrêt du 21 février 1990, les licenciements antérieurs au transfert d'activité sont présumés licites, il appartiendrait donc aux salariés licenciés de supporter la charge de la preuve de la volonté ou de l'effet de

113. Soc. 21 février 1990, Guillemot et autres c. Montier, reproduit en annexe de l'étude d'E. WAGNER, « Les conditions de validité des licenciements prononcés avant le transfert ou la reprise de l'entreprise », *Le Quotidien juridique*, 11 décembre 1990.

114. Soc. 21 mars 1990, A.G.S et Assedic Bouches-du-Rhône c. Alhanassian et autres, C.S.B.P. n° 20, Z. 90.

115. Soc. 27 juin 1990, Joly et autres c. Sté Holiday Inn et autres, *Bull.* V, n° 318, p. 189.

fraude à leurs droits, en démontrant que malgré la cessation temporaire d'activité celle-ci s'est poursuivie et que les emplois n'ont pas été supprimés.

L'arrêt du 21 mars 1990 en repoussant la référence à la date de rupture des contrats au profit du constat qu'une même entité économique a été reprise renverse la charge de la preuve. Le principe serait celui du maintien en activité des salariés dès lors que serait conservée une même entité économique, avec les mêmes emplois ou des emplois similaires. « La faute de l'article L. 122-12 doit être telle qu'elle neutralise les licenciements antérieurs même régulièrement opérés, dès lors que l'on retrouve, après le transfert, les salariés dans des activités identiques ou similaires chez le nouvel exploitant de l'entité économique¹¹⁶. » Si le repreneur contracte avec les salariés antérieurement licenciés et les affecte aux mêmes emplois, ce sont en réalité les mêmes contrats qui se poursuivent avec l'obligation pour le nouvel employeur de respecter les dispositions contractuelles et celle pour les salariés de rembourser les indemnités de licenciement qu'ils auraient, de ce fait, indûment perçues.

La validité des licenciements antérieurement prononcés est subordonnée à la suppression des emplois ou à leur transformation substantielle. Mais l'interruption provisoire d'activité ne suffit pas à écarter la mise en œuvre de l'article L. 122-12. Une incertitude toutefois subsiste, le facteur temps ne pouvant être totalement ignoré, il importe de préciser le délai d'interruption d'activité au-delà duquel on ne saurait parler de transfert d'une même entité économique. Dans les espèces que la Cour de cassation a eu à connaître ce délai va de deux à sept mois. Toutefois les termes n'en sont pas les mêmes, lorsque le délai est court, il n'est pas fait référence à un accord qui par avance aurait été conclu avec le repreneur, visant à la poursuite d'activité, alors que l'affaire *Holiday Inn* (où la suspension avait été de 7 mois) en fait expressément mention. Cette distinction doit être abandonnée comme trop aléatoire, le transfert d'une entité économique ayant conservé son identité devrait suffire à permettre le maintien en activité de ceux des salariés dont l'emploi est conservé pour peu que le temps de suspension d'activité ne soit pas abusivement long.

La reprise pendant le temps de préavis

Dans plusieurs arrêts¹¹⁷, la chambre sociale avait décidé que les salariés qui n'étaient plus qu'en cours de préavis au moment de la reprise

116. H. BLAISE, « L'article L. 122-12 après la tourmente : vers la stabilisation de la jurisprudence ? », *Dr. soc.*, mars 1991, p. 249.

117. Soc. 2 mai 1989 ; Soc. 21 novembre 1989 ; *Jurisp. soc.* n° 521, p. 457.

par le nouvel exploitant ne pourraient pas se prévaloir des dispositions de l'article L. 122-12.

Cette jurisprudence est, semble-t-il, remise en cause par les décisions les plus récentes. Dans une première affaire, la société Beauce Sologne Automobile avait été mise en liquidation des biens le 6 juillet 1983, le syndic avait licencié tout le personnel dès le 12 juillet 1983, mais avait été autorisé à poursuivre l'exploitation pendant la durée du préavis. Le 11 août le fonds de commerce était cédé à M. Giraudon auquel s'était substituée la société Blois les Saules Automobiles, laquelle s'était engagée à maintenir les contrats de travail, à l'exception de trois d'entre eux. La chambre sociale, dans un arrêt du 13 juin 1990¹¹⁸, décide que « les licenciements prononcés par le syndic demeurent sans effet si l'exploitation se poursuit même après une suspension d'activité ».

Dans une autre affaire une société qui exploitait un rayon de boucherie dans un grand magasin, en application d'un contrat de concession, avait été déclarée en règlement judiciaire et le 2 juillet 1986 avait procédé au licenciement d'un certain nombre de ses salariés pour motif économique. Le 1er août ces salariés étaient repris par le nouveau concessionnaire qui refusait toutefois de prendre en considération leur ancienneté. Le conseil de prud'hommes estima que le nouvel exploitant n'était pas tenu au respect de l'article L. 122-12, les licenciements ayant été opérés avant la reprise. Cette décision est cassée par la chambre sociale au motif que les juges du fond « avaient constaté qu'une entité économique autonome avait été transférée au nouveau concessionnaire, qui avait repris les salariés pour en poursuivre l'activité, ce qui avait eu pour conséquence de priver d'effet les licenciements antérieurement prononcés¹¹⁹ ».

L'arrêt Buisson du 13 juin 1990 a été salué par la doctrine comme conforme aux arrêts de l'Assemblée plénière du 16 mars 1990¹²⁰. Lorsque la reprise intervient pendant le cours du préavis le contrat de travail a pris fin, l'accord de volonté lui servant de support ayant disparu, mais ses effets, c'est-à-dire la relation de travail, subsistent aussi longtemps que l'activité du salarié se prolonge. Dans la mesure où la directive européenne du 14 février 1977 vise dans son article 3 « les droits et obligations qui résultent pour un cédant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert », le principe du maintien des contrats en cours doit être élargi aux relations de travail en cours. En privant de tout effet les licen-

118. Soc. 13 juin 1990, Buisson, syndic c. Level et autres, reproduit en annexe de l'étude d'E. WAGNER, *loc. cit.*

119. Soc. 27 juin 1990, Sté S.L.V., *Jurisp. soc.* n° 90-532, p. 390.

120. E. WAGNER, « Les conditions de validité des licenciements prononcés avant le transfert ou la reprise de l'entreprise », *loc. cit.*

ciements prononcés juste avant le transfert la chambre sociale ne fait que respecter la directive européenne.

Un arrêt récemment intervenu paraît revenir à la solution ancienne. La société coopérative agricole d'amendement du Nord de l'Aisne (SCAANA) a, le 24 décembre 1987, licencié pour motif économique M. Catrain et six autres salariés, avec un préavis de 2 mois. Ce préavis fut exécuté auprès des sociétés d'exploitation des établissements Lebrun et LV Calcaire, constituées dès le 1^{er} janvier 1988. La Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir débouté ces salariés de leur demande en paiement d'indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse au motif « que l'article L. 122-12 du Code du travail n'est applicable qu'aux contrats en cours au moment où survient la modification dans la situation juridique de l'employeur et que les salariés licenciés antérieurement à cette modification ne peuvent se prévaloir des dispositions dudit article que s'il est démontré que l'opération de reprise a eu pour but ou pour effet de faire fraude à leurs droits¹²¹ ». Cette formulation n'est que la reprise de celle autrefois utilisée et qu'avait paru condamner l'arrêt Buisson. Elle contrarie la jurisprudence qui, depuis lors, s'était développée privant de tout effet les licenciements intervenus peu de temps avant la reprise. La fraude dont il est question dans l'arrêt ne réside-t-elle pas précisément dans la constatation que l'entreprise a poursuivi son activité sous une autre direction ? Les emplois n'ont pas disparu en fait. Par ailleurs le constat établi par la Cour d'appel « que la preuve d'une fraude entre les employeurs n'était pas rapportée » est de nature à surprendre, lorsque l'on sait que la jurisprudence, dans son dernier état, considère que la fraude existe objectivement lorsque les licenciements ont eu pour effet de priver les salariés de l'application de l'article L. 122-12, al. 2. La collusion frauduleuse entre les employeurs successifs n'a d'autre conséquence que de permettre une condamnation *in solidum*.

2.1.2 Le renforcement des sanctions

Traditionnellement la jurisprudence, lorsque la fraude était relevée, condamnait le cédant, et parfois le cessionnaire au cas de collusion, au paiement de dommages-intérêts aux salariés irrégulièrement licenciés. Le licenciement était donc qualifié d'abusif.

Un arrêt du 31 janvier 1974 en décidant que, lorsque les licenciements étaient contraires à la loi, les contrats antérieurs subsistaient et la société exploitante avait l'obligation de les continuer, a paru renoncer à sa position ancienne et retenir désormais la nullité du licenciement. Cette interpréta-

121. Soc. 6 novembre 1991, Catrain et autres c. Sté Scaana et autres.

tion avait les faveurs d'une partie de la doctrine¹²² qui faisait remarquer que seule cette sanction permettait le respect de l'article L. 122-12 ; seule la réintégration des salariés licenciés en violation de la loi, répondrait au vœu du législateur. Mais la doctrine n'a pas été suivie par les tribunaux qui ont toujours refusé le maintien forcé dans l'emploi.

Les arrêts les plus récents ne remettent pas en cause les solutions antérieures, solidement implantées, tout au moins en ce qui concerne les salariés ordinaires. Quant aux salariés protégés les tribunaux tirent toutes les conséquences de la nullité du licenciement.

2.1.2.1 La réintégration des salariés protégés

Trois arrêts méritent considération.

Dans une première espèce la chambre sociale décide que les licenciements des salariés protégés, effectués sans autorisation, sont atteints de nullité de sorte que les contrats de travail sont censés n'avoir jamais été rompus et la réintégration des salariés doit être imposée au nouvel exploitant¹²³.

Une même solution se rencontre dans une affaire où, dans le cadre d'une liquidation judiciaire, le juge-commissaire avait autorisé la cession d'un fonds à une société et la reprise de 24 des 32 salariés. Deux délégués du personnel, dont le licenciement n'avait pas été autorisé par l'inspecteur du travail, ne figuraient pas parmi les salariés repris. La Cour d'appel de Toulouse, ultérieurement approuvée par la Cour de cassation¹²⁴, décide que leur licenciement était constitutif « d'un trouble manifestement illicite qu'il convenait de faire cesser en ordonnant la réintégration des salariés concernés ».

Une autre difficulté se rencontre au cas où le licenciement d'un salarié protégé a été autorisé et que cette autorisation est par la suite annulée. M. Messaoudi, représentant du personnel, avait été licencié le 22 janvier 1985 par son employeur, la société France Outillage, pour motif économique après autorisation de l'inspecteur du travail. L'entreprise avait fait l'objet d'une liquidation de biens et son activité avait été poursuivie, le 8 février 1985, par la société France Outillage Professionnel qui avait repris

122. I. VACARIE, *L'employeur*, Sirey, 1979, n° 131 ; J. MOULY, « Les licenciements antérieurs au transfert de l'entreprise », *Dr. soc.*, décembre 1982, p. 742 ; G. COUTURIER, « Les nullités du licenciement », *Dr. soc.*, juin 1977, p. 215.

123. Soc. 26 septembre 1990, SA SELFI c. Auger et autres, *R.J.S.* 11/90, n° 842.

124. Soc. 17 octobre 1990, Sté SOGEC c. Roy liquidateur, Sté Ameto et autres, *CSB*, novembre 1990, p. 263 ; voy. H. BLAISE, « L'article L. 122-12 après la tourmente : vers la stabilisation de la jurisprudence ? », *loc. cit.*, p. 251.

les salariés non licenciés de la première entreprise. Le tribunal administratif ayant annulé la décision d'autorisation de licenciement, M. Messaoudi saisit la juridiction prud'homale afin d'obtenir sa réintégration. Dans un arrêt du 10 octobre 1990, la Cour de cassation censure la Cour d'appel au motif que l'annulation de l'autorisation administrative de licenciement d'un salarié protégé ne laisse rien subsister de celle-ci¹²⁵. Dès lors le contrat de travail est transféré au nouvel exploitant en application de l'article L. 122-12. Ainsi donc, l'annulation est opposée au cessionnaire qui n'était pas partie à la rupture.

Cette décision vise à donner au texte toute son efficacité ; elle est d'autant plus notable que dans une espèce analogue, la chambre sociale avait, par un arrêt du 4 mars 1984¹²⁶, tout en reconnaissant le droit à réintégration du salarié, décidé que l'exécution de ce droit était matériellement impossible, l'entreprise cédante ayant cessé toute activité et aucune tentative de faire échec aux dispositions de l'article L. 122-12 du Code du travail n'ayant été constatée.

2.1.2.2 La nullité du licenciement des salariés ordinaires

La rédaction donnée aux arrêts les plus récents paraît vouloir donner à la sanction une efficacité jusqu'alors ignorée. Dans une affaire où la société Beauce Sologne Automobile avait été mise en liquidation des biens le 6 juillet 1983, l'ensemble du personnel était licencié le 12 juillet et dès le 11 août le fonds de commerce était repris par la société Blois les Saules Automobiles qui s'engageait à maintenir les contrats de travail à l'exception de ceux des époux Level. La Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir retenu que les licenciements auxquels avait procédé le syndic étaient de nul effet¹²⁷.

La nullité du licenciement succède au licenciement abusif mais les droits des salariés n'en sortent pas pour autant foncièrement modifiés, aucun droit à réintégration ne leur est reconnu et leur préjudice est réparé sous forme d'une allocation financière alors même que les tribunaux ont, à maintes reprises, réaffirmé le caractère d'ordre public de l'article L. 122-12 et l'impossibilité d'y porter atteinte par le jeu d'une convention particulière.

125. Soc. 10 octobre 1990, Messaoudi c. M. Euchin, syndic et SARL France Outillage Professionnel, *R.J.S.* 11/90, n° 843.

126. Soc. 4 mars 1984, *Bull. civ.* V, p. 136, n° 176.

127. Soc. 13 juin 1990, Sté Blois Les Saules Automobiles c. Level et autres, reproduit en annexe de l'étude d'E. WAGNER, « Les conditions de validité des licenciements prononcés avant le transfert ou la reprise de l'entreprise », *loc. cit.*

Au plan européen la Cour de Justice estime que, compte tenu des règles impératives de la directive relatives à la protection des travailleurs contre le licenciement du fait du transfert, les salariés dont le contrat a été rompu antérieurement à celui-ci doivent être considérés comme étant toujours employés de l'entreprise à la date du transfert. En conséquence les obligations sont transférées de plein droit du cédant au cessionnaire¹²⁸. Le licenciement contraire aux dispositions de l'article 4 paragraphe 1 de la directive est jugé inopérant. « Sa nullité même est une exigence de la directive¹²⁹. »

En Allemagne la loi d'adaptation a ajouté au paragraphe 613 a du BGB un dernier alinéa aux termes duquel « le licenciement d'un travailleur par l'employeur cédant ou le nouvel employeur à cause du transfert de l'entreprise ou d'une partie de celle-ci est sans effet. Le droit de congédier pour d'autres raisons demeure intact. »

Après un large débat il a été considéré que l'interdiction de licencier introduite par cette disposition est extérieure à la réglementation générale du licenciement contenue dans la *Kündigungsschutzgesetz* du 25 août 1969¹³⁰. Toutefois ces deux textes sont cumulativement applicables. Le salarié d'une entreprise cédée qui se prétend victime d'un licenciement irrégulier doit établir devant la juridiction du travail que le transfert en a été la cause. S'il échoue dans l'administration de cette preuve une distinction est opérée. S'il n'appartient pas à l'une des catégories de travailleurs protégés visée par la *Kündigungsschutzgesetz*, il est irrémédiablement débouté, dans le cas contraire la charge de la preuve est renversée, c'est à l'employeur qu'il appartient alors d'établir que le licenciement a pour origine le comportement du salarié ou les nécessités de l'entreprise (fermeture d'un département — mise en place de nouvelles techniques d'exploitation...). Si le salarié ne souhaite pas être réintégré dans l'entreprise cessionnaire il peut demander au juge qu'il lui octroie l'indemnité forfaitaire prévue par le paragraphe 9 de la *Kündigungsschutzgesetz*¹³¹.

128. Voy. C.J.C.E., 15 juin 1988, P. Bork international A/S et autres c. Foreningen al Arbejdsledere i Danmark, aff. n° 101/87.

129. G. COUTURIER, « Le maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise », *Dr. soc.*, juillet-août 1989, p. 563.

130. En ce sens voy. BAG, 31 janvier 1985, A.P., n° 40 sous paragraphe 613 a BGB confirmé par BAG, 5 décembre 1985, A.P., n° 47 sous paragraphe 612 a BGB.

131. Sur ces différents points voy. V. BERTRAND, *Transfert des contrats de travail et cession d'entreprise. La directive européenne et les droits belge, français et allemand*, collection droit social, éditions Bruylant, 1988, pp. 158-159.

2.2 Les droits des salariés maintenus dans leur emploi : une plus grande précarité

Le nouvel employeur, en tant que partie au contrat de travail, est tenu des obligations et peut se prévaloir des droits de son prédécesseur.

Les conditions d'emploi doivent demeurer inchangées, à moins que les salariés consentent à des modifications substantielles. La protection des salariés dont le contrat se prolonge est toutefois illusoire. Le nouvel employeur a tout naturellement la possibilité de rompre la relation contractuelle et pour ce faire d'invoquer le comportement du salarié avant que ne soit intervenu le transfert. D'autre part, à supposer qu'une autre convention collective trouve à s'appliquer, le salarié ne peut prétendre conserver les avantages anciens.

2.2.1 La disparition immédiate de l'ancienne convention collective au cas de substitution de conventions

Jusqu'à une époque récente lorsque le nouvel employeur était soumis à une convention collective le statut antérieur était conservé provisoirement pendant un an afin que les salariés puissent se prévaloir des avantages découlant de ce statut et ignorés du nouveau¹³². À l'appui de cette solution était invoqué l'article L. 132-8 prévoyant que la convention ou l'accord dénoncé continue à produire effet jusqu'à l'entrée en vigueur de la convention ou de l'accord qui lui est substitué ou, à défaut pendant une durée d'un an à compter de l'expiration du délai de préavis. Dans son dernier état la jurisprudence remet en cause cette solution. Un arrêt du 9 octobre 1990¹³³ considère que lorsque le nouvel employeur est assujéti à une convention collective de branche celle-ci se substitue immédiatement à la convention de même niveau qui régissait les rapports des salariés avec l'ancien employeur. Dès lors la nouvelle convention s'applique dans la totalité de ses dispositions, même défavorables, aux salariés. Ceux-ci ne peuvent être admis à réclamer le bénéfice de l'ancienne que si la nouvelle renferme une clause de maintien des avantages qui auraient été antérieurement acquis.

Cette nouvelle solution revêt par contre l'avantage de permettre l'unification immédiate du statut de tout le personnel, facilitant l'intégration des

132. Soc. 26 juin 1985, Union Mutualiste c. Ollier, *Dr. soc.*, 1989, p. 70 ; Soc. 13 décembre 1988, Société coopérative d'exploitation et de répartition pharmaceutique, *Doc. Francis Lefebvre*, N.B. 11710 ; Soc. 16 mai 1990, Société Sem Codex c. Giausserand, *R.J.S.* 7/90, n° 600, p. 410 ; J. PELISSIER, « Conventions collectives applicables après une restructuration », *R.J.S.* 1991, p. 3.

133. Soc. 9 octobre 1990, Sté Coopération et famille c. époux Roy, *J.C.P.* 1991, éd. E, 196, note J. Deprez.

salariés dont le contrat se poursuit, et d'échapper à la complexité de gestion du double statut¹³⁴.

Elle est par ailleurs en conformité avec la directive européenne et avec le droit allemand qui prévoit que la règle du maintien des avantages conventionnels par intégration dans le rapport individuel de travail « ne s'applique pas si, chez le nouvel entrepreneur, les contrats de travail sont régis par les normes d'une convention collective différente ou bien par un accord d'établissement différent [art. 613 a BGB]¹³⁵ ». Toutefois la directive européenne, en prévoyant que la convention collective antérieure cesse de s'appliquer dès lors qu'une « autre » convention existe dans l'entreprise cessionnaire, est d'une formulation trop large. La jurisprudence française prend en compte le niveau de substitution, seule une convention de même niveau permet l'effacement de celle qui jusqu'alors s'appliquait.

2.2.2 Le licenciement par le nouvel employeur au titre des fautes commises avant le transfert

Un intéressant arrêt de la chambre sociale du 29 mai 1990¹³⁶ doit être signalé. Un salarié, M. Blandin, avait été muté le 1er juillet 1984 dans une autre société appartenant à un même groupe, à la suite d'un plan social établi sous l'égide du directeur départemental du travail, saisi d'une demande de licenciement collectif pour motif économique. Le 23 août il était licencié sans préavis par le nouvel employeur qui invoquait d'importantes négligences commises alors qu'il se trouvait sous l'autorité du précédent employeur. La Cour d'appel condamna la société à payer au salarié des indemnités de préavis et de licenciement et des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse au motif que les employeurs successifs étant des personnes morales indépendantes juridiquement et autonomes économiquement, le nouvel employeur ne pouvait rétroactivement exercer un droit de regard et de sanction sur le travail accompli par le salarié au service de l'ancien employeur.

La chambre sociale censure la décision, considérant qu'en application de l'article L. 122-12 c'est le même contrat qui se poursuit sous une direction différente, avec les mêmes droits et les mêmes obligations. Le nouvel employeur, prenant la place du précédent, est en droit d'invoquer des manquements, des négligences ou des fautes commises par le salarié avant le changement de personne.

134. Voy. J.E. RAY, « Restructurations et statut collectif », *Dr. soc.*, janvier 1989, numéro spécial, *Les restructurations*, p. 67.

135. Voy. J. PELISSIER, « Les restructurations d'entreprises et leurs effets sur l'emploi », *Rev. int. dr. comp.*, 1990, n° 1, p. 162.

136. Soc. 29 mai 1990, Sté Ardennes Auto-Nord Charleville c. Blandin, *R.J.S.* 7/90, n° 555.

Conclusion

L'évolution qui vient d'être retracée est à poursuivre, la notion d'entité économique autonome ayant conservé son identité doit en particulier être précisée, faute de quoi le risque est grand de retrouver les incertitudes du passé. Centrée jusqu'ici sur la personne de l'employeur l'attention s'est déplacée sur l'entreprise. La directive européenne a subi l'influence de la théorie institutionnelle de l'entreprise, on y retrouve les quatre éléments qui, selon Paul Durand, caractérise l'entreprise : les forces humaines, les moyens matériels, un ordre interne et une finalité commune¹³⁷. La référence au contrat de travail n'est plus exclusive, au contrat proprement dit la directive assimile la relation de travail, notion plus lâche qui a le mérite d'assurer une protection meilleure de tous ceux qui appartiennent à la communauté de travail, quel que soit le titre qui fonde leur présence.

Au plan des rapports établis entre le droit européen et les législations nationales, il a été souvent affirmé que pour le législateur européen, « il importe, pour chacun des principes édictés par la directive, de repérer et de promouvoir au rang de norme communautaire, la règle nationale qui, dans les ordres juridiques concernés, se révèle la plus avancée¹³⁸ ».

Le maintien des dispositions conventionnelles, le transfert de l'ensemble des effets du contrat, l'engagement de la responsabilité du cédant illustrent le propos.

Ainsi le droit social européen a permis une harmonisation vers le haut des différentes législations nationales. Toutefois après que la norme communautaire eut été édictée les jurisprudences nationales ont eu une attitude réductrice, la plupart des avantages autrefois consacrés, mais non repris par la directive, ont été, au fil du temps, progressivement éliminés, ainsi les juges français ont-ils renoncé à la jurisprudence relative aux prestations de services, et manifesté une propension très nette à redéfinir les conditions d'application de l'article L. 122-12 du Code du travail sur le modèle plus restrictif de la directive. Cette nouvelle logique trouve vraisemblablement son origine dans la crise économique qui a bouleversé l'environnement. Le point d'équilibre entre les intérêts des salariés et ceux de l'entreprise a été déplacé. La difficulté la plus grande réside dans l'établissement d'un dosage équitable entre des intérêts contradictoires.

137. P. DURAND, *Traité de droit du travail*, T. II, Dalloz, 1950, p. 210.

138. V. BERTRAND, *Transfert des contrats de travail et cession d'entreprise*, collection droit social, éditions Bruylant, 1988, p. 169.